

HAAGKONVENSJONEN OM BARNEBORTFØRING

Fremgangsmåte og problemområder

Kandidatnr: 190

Veileder: Kirsten Sandberg

Leveringsfrist: 25. april 2003

Til sammen 14751 ord

Dato: 23. april 2003

Innholdsfortegnelse

1	<u>AVHANDLING OM HAAGKONVENSJONEN OM BARNEBORTFØRING</u>	1
1.1	INNLEDNING	1
1.1.1	PROBLEMSTILLINGEN	1
1.1.2	BAKGRUNN FOR VALG AV TEMA	1
1.1.3	NOEN NØKKELBEGREPER	2
1.1.4	RETTSKILDER OG METODE	4
1.1.5	AVGRENSNINGER	6
1.1.6	DEN VIDERE FREMSTILLING	7
1.2	SAKSGANG, I TILLEGG TIL GEOGRAFISK OG TIDSMESSIG UTSTREKNING	7
1.2.1	FREMGANGSMÅTEN FOR GJENVÆRENDE NÅR BARNET ER BORTFØRT TIL EN ANNEN KONVENSJONSSTAT	7
1.2.2	HAAGKONVENSJONENS GEOGRAFISKE UTSTREKNING	10
1.2.2.1	Bostedsvilkåret	12
1.2.3	KONVENSJONENS TIDSMESSIGE BEGRENSNINGER	14
1.3	GENERELT OM VILKÅR OG UNNTAK	15
1.3.1	DE RETTSLIGE KRAV FOR OG VED BRUK AV HAAGKONVENSJONEN	15
1.3.2	GJENVÆRENDE MED SAMVÆRSRETT	17
1.3.3	MULIGE UNNTAK FRA KONVENSJONENS TILBAKELEVERINGSREGLER.	19
1.4	FORELDREANSVAR OG UTØVELSE	23
1.4.1	FORELDREANSVARET	24
1.4.1.1	Tilfeller hvor gjenværende ikke har formelt foreldreansvar	27
1.4.2	UTØVELSE AV FORELDREANSVARET	30
1.5	UNNTAK FOR SKADE ELLER UAKSEPTABEL SITUASJON FOR BARNET	33
1.6	AVSLUTNING	39
2	<u>LITTERATURLISTE</u>	41

1 AVHANDLING OM HAAGKONVENSJONEN OM BARNEBORTFØRING

1.1 Innledning

1.1.1 Problemstillingen

Temaet for denne oppgaven er internasjonal barnebortføring innen den gruppen land som er medlemmer av Haagkonvensjonen om barnebortføring fra 1980. Om dette temaet befinner seg på privatrettens eller offentligrettens område kan være vanskelig å bestemme nøyaktig, det blir et grensetilfelle. På den ene side dreier det seg her om barnerettens område, mens på den annen side oppstår internasjonale problemstillinger, og det er i hovedsak opp til myndighetene i medlemslandene å sørge for gjennomføring av konvensjonens regler. Normalsituasjonen som dekkes av denne konvensjonen er at en av foreldrene tar med seg barnet fra det medlemsland det er bosatt i til et annet av konvensjonens medlemsland, og vil bosette seg der. For det første ønsker jeg da å finne ut hva konvensjonen kan være behjelpelig med når et barn blir bortført fra Norge av en av foreldrene, eller tilsvarende blir holdt igjen i utlandet etter en ferie. Hvilke muligheter den gjenværende forelder da har til å få hjelp i samsvar med Haagkonvensjonen. Dessuten vil jeg se på hvilken reell mulighet som foreligger i forskjellige tilfeller til faktisk å få barnet sitt tilbake. Men situasjonene jeg faktisk ser nærmere på er når et barn blir bortført fra et annet land til Norge, fordi det jeg har å se på av praksis er norske kjennelser. Jeg arbeider i hovedsak under en presumpsjon om at konvensjonens medlemsland følger omtrent samme tolkningstradisjon. For å få noen slags innsikt i spørsmålet vil jeg særlig se på hovedanførsle som blir brukt i forsøk på å unngå tilbakelevering etter konvensjonen.

1.1.2 Bakgrunn for valg av tema

Utgangspunktet for valg av temaet i denne oppgaven var at jeg ønsket å skrive innenfor barnerettsområdet. På jusstudiet har personrettsområdene vært noe av det som har interessert mest, og da særlig barneretten. Når det gjelder Haagkonvensjonen om

barnebortføring har denne en kontinuerlig aktualitet. En artikkel fra Dagsavisen fra mars i fjor¹ har noen tall fra den hevder kommer fra Justisdepartementet som viser at et barn blir bortført fra Norge gjennomsnittlig hver 14. dag. Siden 1995 og frem til artikkelen ble skrevet har det vært 120 tilfeller av at barn er blitt bortført fra Norge, og i flere av tilfellene dreier det seg om mer enn ett barn. I år 2000 var antallet bortførte barn fra Norge 27. Dessuten uttaler avdelingssjef ved Kriminalpolitisen, Atle Spønnich, at det er grunn til å frykte at antall barnebortføringssaker vil øke i årene som kommer. Fra 1997 til 1998 økte antall saker om bortføring fra Norge fra 20 til 30. Ved personlig henvendelse til Justisdepartementet fikk jeg vite at den norske sentralmyndigheten behandlet mellom 50 og 60 saker om barnebortføring hvert år. Personlig ser jeg også muligheten for at antall slike saker kan få et oppsving. Hvert år blir det flere og flere beboere av Norge med opprinnelse i et annet land, dette øker sjansen for at flere barn får foreldre av forskjellig nasjonal opprinnelse, noe som øker sjansen for konflikter der det kan være aktuelt for en av foreldrene å ta barnet ut av landet. Ifølge artikkelen i Dagsavisen uttaler Spønnich også at de aller fleste barna blir bortført til en av foreldrenes opprinnelsesland.

1.1.3 Noen nøkkelbegreper

I innledningsfasen av oppgaven er det noen begreper som bør defineres, da disse er sentrale i den videre fremstillingen.

Det begrepet som er naturlig å nevne først er ”barnebortføring”. Ut fra naturlig språkforståelse skulle man tro at dette begrepet gjelder alle saker der et barn er blitt fjernet fra sitt hjem. I denne oppgaven og i Haagkonvensjonens sammenheng er dette et mer avgrenset og ”spesielt” begrep. Her handler det gjerne om situasjoner der en av barnets foreldre står for bortføringen. Bortføringen består av å ta med seg sitt barn til en annen stat mot den andre forelders ønske. Dersom en forelder har med seg barnet på ferie eller annen type midlertidig opphold i et annet land enn barnets bostedsland, og beholder barnet hos seg der etter at det er meningen at barnet skulle tilbake, kalles dette tilbakeholdelse. Tilbakeholdelse kan også komme under barnebortføringsbegrepet.

¹ Artikkelen ”Et barn blir bortført fra Norge hver 14. dag”, publisert i Dagsavisen 26.03.2001.

Det neste begrepet er ”bortfører”. Dette begrepet betegner den person som enten har tatt med seg barnet ut av sin oppholdsstat, eller holder det tilbake etter en tur til et annet land enn sin oppholdsstat. ”Gjenværende ” er begrepet som betegner den part som søker å få barnet tilbake til det landet det anses å ha bosted i. Bortfører og gjenværende er en bortføringssak motstridende parter, og disse rollene fylles i alminnelighet av et barns foreldre. Bortfører betegner også en person som en forelder har fått til å bortføre barnet sitt for seg. Dessuten gjelder det når en besteforelder har tatt barnet, eller en annen slektning, eller en hvilken som helst person som har tatt et barn og tatt det med seg ut av landet. At en av partene er en institusjon, offentlig instans eller lignende er en mulighet, men har vist seg lite aktuelt som faktisk problemstilling.² Det er dessuten ikke praktisk å tenke seg en situasjon hvor en institusjon er bortfører, men den kan allikevel tenkes i rollen når det er snakk om tilbakeholdelse.

Et begrep jeg også vil komme inn på og definere nærmere senere i oppgaven er ”foreldreansvar”. Tolkningen av dette begrepet kan lett komme inn som en del av vurderingen for organet som må avgjøre hvorvidt det foreligger en ulovlig bortføring, og om barnet skal tilbakeleveres. Begrepet er ved sin betydning et av konvensjonens forutsetninger, oppstilt i dens art.3. Det har i flere kjennelser vist seg som et av de springende punkter i vurderingen av om et barn skal sendes tilbake eller ikke.

I utgangspunktet har vi begynnelsen på en definisjon av begrepet foreldreansvar i konvensjonens art. 5. Her bestemmes det at retten til foreldreansvar omfatter rett til omsorg for barnets person, og til å bestemme hvor det skal bo. Vider skal ifølge art. 3 foreldreansvaret være tilkjent ifølge loven i staten der barnet hadde sitt bosted før bortføringen, det som kan kalles barnet ”offisielle” bosted. Dette åpner for at foreldrene kan ha fått foreldreansvar på to måter, enten ved en domstol som har tatt en avgjørelse om saken med hjemmel i landets lov, eller direkte i kraft av å fylle opp en nasjonal lovbestemmelse som tildeler foreldreansvar. I Norge har vi en regel i barnelovens § 34, 1.ledd som er et godt eksempel på en regel som tildeler foreldreansvaret direkte. Foreldreansvaret kan også fordeles ved avtale mellom foreldrene, men for at denne avtalen skal kunne gi noen rettskrav må den være meldt til folkeregisteret, jfr. bl. § 35.

² Nærmere om dette i kapittel 4.1.1.

Foreldreansvarets innhold etter Haagkonvensjonen står beskrevet i dens § 5, litra a. En rett til foreldreansvar skal etter denne artikkelen omfatte rett til ”omsorg for barnets person” og rett til å bestemme hvor det skal bo. I seg selv er ikke dette noen særlig detaljrik definisjon av begrepet. Hva foreldreansvaret innebærer i norsk rett er ganske utfyllende beskrevet i bl. §30. Foreldreansvaret etter konvensjonen er ikke nødvendigvis helt det samme som i norsk rett, det er sagt å være noe bredere i definisjon under konvensjonen, men § 30 gir allikevel et utgangspunkt og en viss idé om hva begrepet går ut på. Blant de forpliktelser som omfattes av foreldreansvaret nevnes forsørging, oppfostring og utdanning etter evne. Dessuten er det vurderingskrav om barnets interesse og behov ved utøvelse.

I konvensjonen legges særlig krav på utøvelse av foreldreansvar som krav for interesse i å få barnet tilbake. Dette kommer jeg tilbake til senere i oppgaven under behandlingen av de rettslige krav for å kreve tilbakeføring.

1.1.4 Rettskilder og metode

Utgangspunktet for oppgaven er Konvensjon av 25. oktober 1980 om de sivile sider ved internasjonal barnebortføring, vanligvis kalt Haagkonvensjonen om barnebortføring.

En del steder er konvensjonens bestemmelser tatt inn i Lov om anerkjennelse og fullbyrding av utenlandske avgjørelser om foreldreansvar m v og om tilbakelevering av barn av 8. juli 1988, nr. 72, kalt barnebortføringsloven, og i mye av oppgaven kun bbl. I disse tilfeller henviser jeg snarere til loven enn til konvensjonen, hvilket også ser ut til å være den vanligste fremgangsmåten i norske kjennelser. Jeg vil prøve i løpet av oppgaven å fortelle hvilken konvensjonsbestemmelse en lovbestemmelse tilsvarer, i hvert fall den første gang den blir nevnt. Det den i hovedsak stadfester er at Haagkonvensjonen om barnebortføring og Europarådskonvensjonen³ om tilsvarende

³ Europeisk konvensjon av 20 mai 1980 om anerkjennelse og fullbyrding av avgjørelser om foreldreansvar og gjenopprettelse av foreldreansvar.

emner skal gjelde som del av norsk lov, og i hvilken utstrekning de gjelder. De to konvensjonene divergerer i hovedsak ved at Haagkonvensjonen kun dreier seg om gjenopprettelse av en rettstilstand, mens Europarådskonvensjonen også kan avgjøre rettsspørsmål om hvem et barn skal være hos og dermed går inn på underliggende rettsspørsmål som Haagkonvensjonen ikke befatter seg med. Jeg kommer også i noen grad inn på Lov om barn og foreldre av 8.april 1981, nr. 7, kalt barnelova, eller bare bl., da denne bl.a. kan være behjelpelig med å gi en delvis definisjon på noen av begrepene i Haagkonvensjonen, og også ofte vil gi det rettsgrunnlaget som trengs for å komme med et krav etter den.

De forarbeider som her er aktuelle er forarbeidene til bbl. som også gir en god indikasjon også på hvordan konvensjonene bør brukes, i alle fall i Norge. Nærmere bestemt er det Ot.prp.nr.52 (1987-1988) jeg tar i bruk i dette formål.

Kjennelser er en viktig rettskilde, og den jeg vil bruke mest i hoveddelen av oppgaven. Avgjørelsene jeg gjør bruk av dreier seg om saker der et barn er blitt bortført fra et annet av konvensjonens medlemsland til Norge. Her er det særlig nyere kjennelser, og særlig avgjørelser fra lagmannsretten jeg vil undersøke, da disse har mer utfyllende begrunnelser enn de fra Høyesterett siden de sistnevnte er kjæremål. Rettspraksis som ligger til grunn for redegjøringen av reglene i begynnelsen av hoveddelen er av eldre dato, da boken dette i hovedsak er hentet fra er fra 1994. Torunn E. Kvisbergs bok; Internasjonal barnebortføring med hovedvekt på Haagkonvensjonen av 20. oktober 1980, er min hovedkilde hva gjelder juridisk litteratur. En kilde brukt i Kvisbergs bok er en om Haagkonvensjonen forklarende rapport laget av Elisa Perez-Vera, kort tid etter at konvensjonen ble til. Denne vil også jeg benytte meg av i løpet av oppgaven.

I løpet av oppgaven vil jeg komme inn på justisdepartementets rundskriv G-136/91 om barnebortføring i den grad andre kilder jeg bruker kommer inn på denne. Noe dypere vil jeg ikke redegjøre for dette rundskrivet, da det har vist seg svært vanskelig å oppdrive og det dessuten ikke vil gjelde stort lenger. Det begynner å bli gammelt som rundskriv siden det stammer fra 1991, og et nytt er under utarbeidelse.

1.1.5 Avgrensninger

Det er først og fremst rettsområdet og kildene jeg vil avgrense nærmere i dette korte kapittelet. Mange av avgrensningene er allerede satt gjennom beskrivelsen av hva jeg vil skrive om i problemstillingen eller kommer frem i andre deler av oppgaven. Selv om oppgaven er ment å handle om Haagkonvensjonen om barnebortføring kan den ikke avgrenses kun til denne. I innledningen er flere rettskilder nevnt. Det disse kildene har felles er at de relaterer seg til hverandre, de kan ha betydning for hverandres tolkning ved bruk, og de befinner seg på samme rettsområder. Den første avgrensningen er bestemmer disse. De aktuelle rettsområdene for oppgaven er barnerett og internasjonal rett. På grunn av innholdet av konvensjonens regler omfattes også en del av alle medlemslandenes rett på barnerettsområdet, men kun i den utstrekning de har betydning for konvensjonens regler. Jeg kommer ikke til å behandle noe annet lands rettsregler direkte i løpet av oppgaven, men siden jeg i hovedsak forholder meg til å arbeide med norske kjennelser i hoveddelen vil jeg ta for meg en del norske rettsregler. Disse har videre blitt avgrenset ved at de aktuelle lover er nevnt under kapittel 1.3.

Når det gjelder selve Haagkonvensjonen og bbl. som inkorporerer denne i norsk rett er det ting som bør presiseres nærmere. Loven inkorporerer nemlig både Haagkonvensjonen og Europarådskonvensjonen, og har regler som er hentet fra begge konvensjonene. I denne oppgaven avgrenser jeg mot Europarådskonvensjonen og bestemmelser i bbl. som henviser til den. Det er kun de bestemmelsene i bbl. som er hentet fra Haagkonvensjonen, viser til denne eller omhandler bruken av den som er aktuelt for denne oppgaven. Henvisninger som kan forekomme til Europarådskonvensjonen er kun for å påpeke forskjeller mellom den og Haagkonvensjonen. Den viktigst er allerede nevnt ovenfor i kapittel 1.3. I forlengelsen av dette er enda en forskjell mellom konvensjonene som er viktig å ta med. I løpet av oppgaven understrekes viktigheten i Haagkonvensjonen av at den ikke inneholder noen ”barnets – beste” vurdering som kan føre til at et barn skal holdes tilbake i landet det er bortført til. I Europarådskonvensjonen finnes en bestemmelse med en vurdering etter denne standarden.

Haagkonvensjonen inneholder i artiklene 31 til 33 regler om hvordan man behandler saker i forhold til stater med mer enn ett rettssystem. Disse reglene kommer jeg ikke nærmere inn på i oppgaven, da jeg ikke vet noe særlig om faktiske eksempler

på dette eller vil komme over praksis om dette da jeg vil konsentrere meg om norsk rettspraksis.

Bortføringen av et barn kan føre til involvering av politiet og en strafferettslig forfølgning. Denne oppgaven begrenser seg til de sivile sidene ved barnebortføring, og vil forholde seg til Sentralmyndighetens oppgave, ikke til politiets arbeid.

1.1.6 Den videre fremstilling

De kommende kapitler vil ta for seg reglene rundt tilbakesøkning av et barn etter Haagkonvensjonens regler. I den grunnleggende fremstillingen og oversikten over regelverket gjør jeg meg i hovedsak bruk av juridisk litteratur som kilde og støtter meg, i hovedsak, til hva Kvisberg og Perez Vera har å si om tolkning av reglene. I den bredere fremstilling av de reglene jeg konsentrerer meg mer om senere i oppgaven har jeg gjort større bruk av tolkningen jeg finner i nyere norske dommer. Disse fremstillingene dreier seg i hovedsak om unntak og grunnregler det kan være vanskelig å forstå rekkevidden av.

1.2 Saksgang, i tillegg til geografisk og tidsmessig utstrekning

1.2.1 Fremgangsmåten for gjenværende når barnet er bortført til en annen konvensjonsstat

Ifølge Haagkonvensjonens art.6 skal alle konvensjonsstater ha en sentralmyndighet som skal sørge for oppfyllelse av konvensjonens forpliktelser. I Norge er det Justisdepartementets Sivilavdeling som fungerer som en slik sentralmyndighet.

Når et barn blir bortført fra en konvensjonsstat kan gjenværende gå til sentralmyndigheten i det landet han bor, og få den til å hjelpe, hvilket sannsynligvis er enkleste og mest praktiske valget. Vedkommende har mulighet til å be om hjelp hos sentralmyndigheten i hvilket av medlemslandene han eller hun vil. I praksis sender vedkommende da en søknad til sivilavdelingen i justisdepartementet. Her blir saken

omgående ekspedert. For at dette skal skje har man der er arbeidsmetode de kaller en sjur-ordning. Barnebortføringssakene er en del av flere typer saker som går inn under denne ordningen. Disse kommer til saksbehandler etter en liste som sier hvem som tar inn sakene når.

En begrenset adgang for sentralmyndigheten til å nekte å ta imot søknaden finnes i art. 27. Artikkelen går på tilfeller som ”åpenbart” ikke oppfyller konvensjonens vilkår, eller som ikke har ”velgrunnet” søknaden sin. I slike tilfeller har sentralmyndigheten allikevel plikt til å gi vedkommende søker eller aktuelle sentralmyndighet som har sendt dem søknaden beskjed om dette forhold. Bestemmelsen gjelder for både for sentralmyndigheten som først mottok søknaden og for sentralmyndigheten som mottok søknaden av en annen sentralmyndighet. Uten at det i bestemmelsen står at dette nødvendigvis gjelder selve sentralmyndigheten vil jeg har ta med regelen i art. 12, 3.ledd. Her er det en mulighet for juridisk eller administrativ myndighet i mottakerstaten til å stanse saken eller avvise søknaden om tilbakelevering dersom den har grunn til å tro at barnet er blitt brakt ut landet. Bestemmelsen er inspirert av hensynet til det økonomiske aspektet ved prosedyren. De grunner myndighetene kan komme til en slik konklusjon ut ifra er ikke tatt med i artikkelen og må derfor bestemmes av landets interne lov.⁴

Sentralmyndigheten vil da sette seg i forbindelse med sentralmyndigheten i det landet hvor barnet antas å være ført. Dette gjøres omgående. Begjæringen med alle tilleggsdokumenter som inneholder relevant informasjon om saken blir sendt til det andre landets sentralmyndighet, jfr art 8, tilsvarende bbl § 15. Da blir det denne sentralmyndighets oppgave å lokalisere barnet, jfr art. 7, 2.ledd, litra a, hvilket er den viktigste første oppgave. Videre skal sentralmyndigheten i det aktuelle landet sørge for å treffe nødvendige tiltak for å hindre skade på barnet ifølge art. 7, 2.ledd, litra b.

Det er så anledning til å søke å få i stand en løsning om frivillig tilbakelevering eller en annen type minnelig løsning, jfr art. 10. Denne bestemmelsen inneholder et påbud til sentralmyndigheten i mottakerstaten om å alle tiltak som kan anses egnet til å få barnet levert tilbake frivillig. Heldigvis løses de fleste sakene på denne måten. I et tilfelle jeg fikk høre om⁵ kom barnet ikke lenger enn til flyplassen i mottakerlandet før

⁴ Perez Vera-rapporten, del 2, kapittel 3.

⁵ Ved telefonsamtale med ansatt ved Justisdepartementets Sivilavdeling.

det ble hjemsendt, takket være rask reaksjon fra gjenværende og sentralmyndighetene. Tiltakene denne bestemmelsen muliggjør er ikke ment å stå i veien for videre tiltak fra sentralmyndighetens side for å oppnå målet med art. 7, 2.ledd, littera b eller lignende.

En rettssak for å få barnet tilbakelevert foregår i staten det er bortført til, ved den domstolen som er lokalisert nærmest der barnet befinner seg. Landets sentralmyndighet skal sende en begjæring om å få dette gjort til den lokale domstolen. Domstolen har dag 6 uker på seg til å treffe en avgjørelse. Avgjørelsens art varierer med typen system i de enkelte land. I Norge er rette instans namsretten som avsier en kjennelse ifølge bbl. § 13, 1. ledd. Det som skal avgjøres i denne rettssaken er hvorvidt det foreligger en ulovlig bortførelse eller tilbakeholdelse. Om noen av unntaksreglene kommer til anvendelse er det også opp til denne retten å finne ut.

I bbl. §16 finnes regler om rask saksgang. I slike tilfeller som denne oppgaven handler om er dette særlig viktig. For barn er et konstant miljø av en viss viktighet, og går for lang tid kan konvensjonens unntaksbestemmelser komme til anvendelse nettopp av den grunn. Dessuten vil det være av betydning der barnet er i ferd med å bli for gammelt for lenger å være barn i konvensjonens forstand. En følge av viktigheten av rask saksgang kom frem i Rt. 1991 s.1051. Her slo dommerne fast at det faktisk at en avgjørelse har tatt lang tid, kan ikke i seg selv føre til opphevelse av avgjørelsen. Jeg finner dette utsagn svært naturlig, da alternativet ville bety at prosessen tar enda lenger tid.

At et barn blir tilbakelevert trygt er også en av sentralmyndighetens oppgaver, jfr art 7(2)(h).

En del av de nevnte pliktene i konvensjonen er tatt inn i bbl. § 5.

I konvensjonens art. 26 finnes en bestemmelse om at sentralmyndigheten bærer alle sine egne utgifter. Dette betyr at den ikke kan kreve sine utgifter dekket av sentralmyndigheten i en annen stat.⁶ I 2.ledd er det i tillegg en regel om at den skal bære utgiftene ved en eventuell rettssak og juridisk rådgiver, her allikevel eventuelt med unntak av utgifter i forbindelse med selve tilbakeleveringen. Bestemmelsen omhandler en av de mest kontroversielle temaene som ble behandlet ved konferansen for nedskrivelsen av konvensjonen. Konflikten ble løst ved å ta inn en mulighet for å ta forbehold mot denne bestemmelsen i art. 42. Grunnen for dette var at siden de

⁶ Jfr. Perez Vera-rapporten del 2, kapittel 5.

forskjellige vilkårene for dette var dypt forankret i strukturen på de forskjellige juridiske systemene det dreiet seg om, ville et forsøk på å overkjøre motstanden og ta det med som en absolutt bestemmelse ville føre til en automatisk eksklusjon av en del stater fra konvensjonen, hvilket var et resultat ingen ønsket.⁷ Norge har her benyttet seg av denne forbeholdsmuligheten i art. 42. Det samme gjelder de fleste andre konvensjonsstatene. Forbeholdet gjelder utgifter vedrørende advokattjenester, rettsforhandlinger og tjenester fra en juridisk rådgiver. Den muligheten gjenværende uansett har til å få økonomisk støtte til slike ting er hva mottakerstatens regler om fri rettshjelp tilsier. Gjenværende har nemlig rett til slike tjenester i samme grad som ”om de selv var statsborgere” i mottakerstaten, jfr. art. 26, 3.ledd sett i sammenheng med art. 25. I tillegg er det i bestemmelsens 4.ledd en annen type bestemmelse; en mulighet for søkeren å få kompensert sine utgifter til reise, juridisk representant, kostnader ved tilbakelevering av barnet samt kostnader oppstått ved forsøk på å lokalisere barnet fra bortfører. Denne muligheten oppstår når juridisk eller administrativ myndighet treffer en avgjørelse om tilbakeføring eller en beslutning om samværsrett. Da kan den aktuelle myndigheten pålegge bortfører, eller den som har hindret utøvelsen av samværet å dekke den andre partens utgifter på de nevnte områder.

Hvorvidt gjenværende ønsker bistand av en advokat er opp til ham eller henne. I Norge gjelder landets vanlig regler for fri rettshjelp for en gjenværende som ønsker advokathjelp uten å ha de økonomiske midler til å betale for en selv. Dersom gjenværende ønsker advokatrepresentasjon også ved den utenlandske domstol er det gjerne hans eller hennes norske advokat som er behjelpelig med å kontakte en advokat i det aktuelle land. En annen løsning er at sentralmyndigheten kan være behjelpelig med å skaffe en liste over mulige advokater i det aktuelle utlandet og så formidle kontakt med den ønskede advokat.

1.2.2 Haagkonvensjonens geografiske utstrekning

Den geografiske utstrekningen av konvensjonens virkning bestemmes naturlig nok ved de statene som har ratifisert konvensjonen. Disse er: Argentina, Australia, Bahamas,

⁷ Se forrige fotnote.

Belize, Bosnia Hercegovina, Burkina Faso, Canada, Chile, Colombia, Danmark, Ecuador, Finland, Frankrike, Hellas, Honduras, Hong Kong, Irland, Island, Israel, Italia, Kroatia, Kypros, Luxemburg, Makedonia, Mauritius, Mexico, Monaco, Nederland, New Zealand, Norge, Polen, Portugal, Romania, Saint Christopher og Nevis, Slovenia, Spania, Storbritannia og Nord Irland, Sveits, Sverige, Sør Afrika, Tyskland, Ungarn, USA, Venezuela og Østerrike. Et unntak fra dette er Burkina Faso, da Norge har reservert seg fra dette landets deltakelse i konvensjonen er vi heller ikke pliktige til å tilbakelever barn dit. Georgia og Panama står også på listen over konvensjonens medlemsland, men i disse statene er den ennå ikke trådt i kraft.⁸

I bbl. § 2 finnes en mulig utvidelse av denne listen. Bestemmelsen åpner for at kongen ved gjensidighet kan bestemme at reglene i loven vedrørende ”anerkjennelse og fullbyrding av avgjørelser om foreldreansvar og tilbakelevering av barn” også skal gjelde i forhold til en stat som ikke er tilsluttet konvensjonen. Dette gjelder både for Haakonvensjonen og for Europarådskonvensjonen. Ifølge forarbeidene til bbl.⁹ skal forholdene legges til rette for at Norge kan få igang samarbeid på konvensjonens områder også med stater som ikke har sluttet seg til noen av konvensjonene. Ved inngåelse av overenskomst med en av disse statene er det at det kan lages en forskrift om at lovens bestemmelser skal gjelde i forhold til den staten en har inngått overenskomsten med. Om ikke som følge av § 2, så i hvert fall i ånden om samarbeid på området er det opprettet en protokoll mellom Norge og Tunisia. I den viser landene sin vilje til å medvirke til å få i stand minnelige løsninger mellom partene. Grunnen for opprettelsen var de mange tunisiske borgere som har opphold i Norge. Etter konvensjonens art. 38 er den åpen for tiltredelse for enhver stat som ønsker det. Etter art. 40 konvensjonsstater som består av flere territoriale enheter med forskjellig rettssystem på området avgi en erklæring, som når som helst kan endres, om hvilke av de territoriale enhetene som konvensjonen skal anvendes på.

⁸ Oversikten over medlemslandene er hentet fra Odins nettsider, informasjonen var lagt dit den 23. september 1998.

⁹ Ot.prp.nr.52 (1987-1988)

1.2.2.1 Bostedsvilkåret

Det springende punkt i konvensjonen er vilkåret i bbl. § 11, 2.ledd om bosted. Barnets bosted skal ha vært i den konvensjonsstat man krever tilbakeføring til rett før bortføring eller tilbakeholdelse fant sted.

I LB-1996-003344 har vi et eksempel på et forsøk på å unngå konvensjonen tilbakeføringsregel. Tvisten handlet om mor som krevde tilbakeføring av barn til Canada som far holdt i Norge. Selve tvistepunktet var om barnets bosted var i Dubai i De Forente Arabiske Emirater eller i Toronto i Canada. Av disse stater er bare Canada og Norge medlem av Haagkonvensjonen, og den ville ikke kunne komme til anvendelse dersom man fant at barnets bosted var Dubai. Hele familien hadde i lengst tid levd i Canada, moren hadde kun vært i Dubai noen dager, og far og barn i kort tid. Spørsmålet ble om det kunne sies at familien faktisk hadde skiftet bosted til Dubai, da kan oppholdet ikke ha hatt en midlertidig karakter, for i så tilfelle ville det ikke hatt videre betydning om oppholdet på det nye bosted var kort. Lagmannsretten støtter seg både til norsk rett i tvistemålsloven¹⁰ for å definere hva som er et bosted, pussig nok med støtte i Europarådskonvensjonen, og Kvisbergs bok som tilsier en bred vurdering i ”tvilstilfelle”. Ved en vurdering av de faktiske omstendigheter finner retten at Canada er bostedsland, og at barnet skal sendes tilbake dit. De argumenter retten dro frem som avgjørende, og som antagelig kan brukes som momenter for generelt å slå fast et barns bosted var; far og barn hadde ikke fått fast oppholdstillatelse i De Forente Arabiske Emirater som han påstod å ha flyttet til, visumet hans var utløpt, familiens møbler fra deres bosted i Canada sto fortsatt lagret i Canada, og at barnets bosted utvilsomt var Canada før de forlot det.

Et annet tilfelle hvor det var spørsmål om barnet hadde skiftet bostedsland finnes i LB-1996-00451. Her er USA opprinnelig bostedsland. Moren dro til Norge med barna som følge med støtte i en amerikansk rettsavgjørelse. Den amerikanske kjennelsen ble tolket slik at moren ikke uten samtykke fra faren kunne bosette seg med barna i utlandet. I kraft av denne kunne barna ikke erverve bosted i Norge, bare oppholdssted. Kjennelsen viste seg dessuten ikke rettskraftig da tillatelsen til utreise ble trukket tilbake i en senere amerikansk kjennelse. Fra og med den siste kjennelsen forelå ulovlig tilbakeholdelse etter § 11 i bbl. I utgangspunktet kan ikke en rettsavgjørelse i det

¹⁰ Lov om rettergangsmåten ved tvistemål av 13. august 1915 nr.6

opprinnelige bostedslandet som er avsagt etter at barnet ikke lenger er i staten ha betydning for bruk av Haagkonvensjonen. I dette tilfellet bygget derimot den påståtte foreliggende rettstilstand som kunne hindret bruk av konvensjonens tilbakesendelsesregler på en kjennelse som ikke hadde rettskraft, og dermed falt også grunnlaget for ikke å anvende dem til nettopp dette.

I et annet tilfelle i LB-1996-02237 førte en påstand om skifte av bosted fra Norge til USA ikke frem. Her var faren som gjenværende i USA, og moren hadde tatt med seg barnet til Norge. I dette tilfellet ble Norge ansett som bostedsland fordi familien hadde bodd i Norge inntil ca. et halvt år før den påståtte bortførelsen. Fra denne kjennelsen kan man trekke frem enda et par momenter som kan føres opp på listen over ting som avgjør bosted. Her var familien fortsatt registrert som bosatt i Norge, dessuten hadde moren bare dro moren til USA under permisjon fra sin jobb i Norge. Barnet var også tilstått rettigheter etter norsk trygdellovgivning. Dessuten trekker retten frem det forhold at partene var fleksible med hensyn til arbeid (faren hadde på fra de dro til USA fast jobb der) og bosted, og hadde relativt hurtige endringer på området. Hvor stor vekt hver av disse argumentene hadde kommer ikke frem i nedskrivelsen av kjennelsen, men til sammen var de nok til å fastslå at barnet ikke hadde endret bosted. Som argument for bostedsskifte dro retten frem det forhold at de hadde solgt leiligheten sin.

En kjennelse avsagt av Lagmannsretten i fjor; LB-2002-00932 finnes en etter min mening litt merkelig bruk av Haagkonvensjonen. Her så retten ikke at det var grunn til å ta standpunkt til om barnet var bosatt i landet begjæringen om tilbakeføring kom fra på tidspunktet for bortføringen. Den kom til at en tilbakeføring uansett ville være hindret av unntaket i § 12, litra d. Jeg finner rettens bruk av reglene i konvensjonen her tvilsom. Så vidt jeg kan forstå er det vanlig først å bestemme om konvensjonens tilbakeføringsregler kan komme til anvendelse, for så å se om et unntak kan bli aktuelt i tilfellet. For å se om konvensjonens tilbakeføringsregler kan komme til anvendelse undersøker man om regelen i § 11 er oppfylt og bortførelsen er ulovlig. En del av oppgaven med å finne ut om en bortførelse er ulovlig, er å finne ut at landet gjenværende søker om tilbakeføring til faktisk regnes som barnets bostedsland.

1.2.3 Konvensjonens tidsmessige begrensninger

Gyldighet får konvensjonen mellom den tiltredende stat og de medlemsstater som erklærer at de godkjenner tiltredingen. Konvensjonens regler gjelder for en stat først når den har nådd ikrafttredelsestiden for staten, jfr. konvensjonens art. 35. Viktigheten av dette kom fram i Rt. 1991 s. 1513. Her var bortføringen skjedd i mai før konvensjonen hadde trådt i kraft i Tyskland, barnets bostedsland, der den skulle tre i kraft først 1. desember. Retten kom da til at det i barnebortføringsloven ikke var hjemmel for tilbakelevering.

Artikkel 35 har fordelene av å være en svært klart og enkelt formulert regel.

Det foreligger ingen tidsgrense for å sende en søknad, og forsøke å oppnå en tilbakeføring, bortsett fra barnets 16 års aldersgrense for å omfattes av konvensjonen, når et land først har tiltrådt konvensjonen før bortføringen fant sted. Ett års grensen som unntaksregel fra tilbakeføringsplikten er kun en mulighet under den administrative eller juridiske myndighets diskresjonære myndighet, som gjør sjansen for tilbakeføring mindre. Konvensjonsstatene har dessuten en mulighet, på grunnlag av art. 36, til å avtale at konvensjonens regler skal få tilbakevirkende kraft, og på denne måten unngå den begrensning av konvensjonen som art. 35 medfører.

Når det gjelder terminasjon av konvensjonen – når den ikke lenger skal ha virkning for en stat, har konvensjonen en egen regel om dette art. 44. Konvensjonen gjelder i fem år fra dens ikrafttredelse, noe som gjelder for alle stater samme når de har tiltrådt, ratifisert og så videre. Den anses uten videre for fornyet hvert femte år dersom den ikke blir sagt opp. Dersom en konvensjonsstat sier opp konvensjonen vil allikevel fortsette å gjelde mellom de andre konvensjonsstater, jfr. art. 44, 3.ledd.

1.3 Generelt om vilkår og unntak

1.3.1 De rettslige krav for og ved bruk av Haagkonvensjonen

Denne fremstillingen, bygger i stor grad på Torunn Kvisbergs bok fra 1994 om barnebortføring og særlig om Haagkonvensjonen¹¹. Det samme er tilfellet med det generelle kapittelet om unntak

Ved bruk av konvensjonen oppstår de juridiske spørsmål særlig i forbindelse med de regler som omhandler i hvilke tilfeller den kan brukes, og hvem den gjelder for. Dette fordi mange av dens materielle regler er svær enkle og ikke reiser så mange vanskeligheter ved tolkningen. Dermed vil også noen av konvensjonens begrep også bli behandlet i denne delen.

Haagkonvensjonens formål er å gjenopprette en tilstand som har blitt endret ulovlig. Dens regler kan ikke brukes til å oppnå noe utenfor dette formål. Dette blir uttrykkelig konstatert i konvensjonens art. 19 som fastslår at et vedtak om tilbakelevering etter konvensjonen ikke skal tolkes som noen avgjørelse om realiteten i spørsmålet om retten til foreldreansvar. Man kan altså ikke gjennom konvensjonen få noen avgjørelse av spørsmålet om hvem som skal ha det formelle foreldreansvar, daglig omsorg og så videre. Bestemmelsen søker å unngå at en senere avgjørelse om disse rettighetene blir påvirket gjennom en forandring i omstendighetene som en av partene alene er ansvarlig for.¹² En del av formålet er ifølge forarbeidene til bbl. at den skal beskytte barn mot å bli unndratt fra sitt tilvante miljø. At dette er et formål kan bl.a. sees av at foreldreansvaret faktisk skal være utøvd på den tiden barnet blir bortført eller tilbakeholdt. Dessuten kan det sees av den ene unntaksbestemmelsen i konvensjonen som bl.a. går på at det har gått så lang tid at barnet har tilpasset seg sitt nye miljø. Konvensjonens hovedregel går ut på at barn som urettmessig er blitt ført til en annen konvensjonsstat skal sendes tilbake igjen. Reglene i konvensjonen gjelder der det rettslig grunnlaget for tilbakesøkning er foreldreansvar. I tillegg har den regler for brudd

¹¹ Internasjonal barnebortføring med hovedvekt på Haagkonvensjonen av 25. oktober 1980 av Torunn E. Kvisberg, Del 3.

¹² Jfr. Perez Vera-rapporten del 2, kapittel 3.

på en samværsrett. Den har også noen regler for tilfelle hvor gjenopprettelse ikke blir løsningen, men som stiller opp unntak hvor barnet forblir i den staten det er ført bort til.

Konvensjonen har en formålsbestemmelse i art.1 som fremhever ønsket om umiddelbar tilbakelevering og at retten til foreldreansvar og samvær respekteres i de andre konvensjonsstatene.

Hovedvilkåret for tilbakeføring etter Haagkonvensjonen er at situasjonen det gjelder må dekkes av konvensjonsteksten og at bortføringen må være ulovlig etter bostedlandet rett. Disse vilkårene finner man i konvensjonens art. 3, som langt på vei tilsvarer reglene i bbl. § 11. Viktig å merke seg i forbindelse med disse bestemmelsene er at både en avgjørelse fra bostedslandet, og lovreglene i landet kan gi rett til foreldreansvar som gjør en bortføring ulovlig. Denne delen av konvensjonen er av stor viktighet fordi det i mange tilfeller ikke foreligger noen avgjørelse om rett til foreldreansvar og daglig omsorg. Om alle disse tilfellene hadde falt utenfor loven, hadde dens virkeområde blitt svært innskrenket. Mer om denne bestemmelsen kommer jeg til under kapittel 3.1 om foreldreansvaret.

Bevisbyrden for at bortføringen er ulovlig ligger i første omgang hos gjenværende. Den går i hovedsak ut på å vise at han/hun har del i foreldreansvaret, og faktisk har utøvd det, særlig om mulig på tidspunktet for bortføring. Deretter blir det opp til bortfører å gi bevis for at barnet ikke skal sendes tilbake, jfr art 13 (1), at ikke vedkommende gjenværende hadde eller utførte noe foreldreansvar. Jevnt over har rettspraksis stilt ganske beskjedne krav for hva som kan sies å være utføring av foreldreansvaret. Faktisk kan så lite som en protest mot utenlandsoppholdet og krav om tilbakelevering sies å være utøvelse av foreldreansvaret, dette er dog en påstand jeg vil komme nærmere inn på senere i oppgaven. Under visse omstendigheter faller kravet til utøvelse bort. Dette kan skje dersom det er bortføringen som hindrer utøvelsen, for eksempel ved tilbakeholdelse, eller ved overføring av foreldreansvar rett før bortføring.

I konvensjonens art 13 settet aldersgrensen for når konvensjonen gjelder for bortførte barn. Etter fylte 16 år kan ikke gjenværende lenger kreve hjelp etter konvensjonens regler, jfr. art. 4. Grunnlaget for denne aldersgrensen er at meningene til en person som er over 16 år vanskelig kan ignoreres hverken av foreldre eller juridisk

eller administrativ myndighet.¹³ I praksis gjør dette mulighetene for tilbakeføring som følge av konvensjonen ganske små når det kort tid igjen til barnets 16 års dag. Her kan det bli ekstra viktig med kjapp saksgang, men dersom sentralmyndigheten ser at det ikke er mulig å få en avgjørelse før barnet er for gammelt er det mulig den ikke forfølger saken videre. Dessuten er det en mulighet for at en lavere aldersgrense gjør seg gjeldene i tilfeller der den opprinnelige bostedsstaten opererer med en lavere alder for hva som utgjør et barn i sin interne rett.

Når det kommer til selve tilbakeleveringen av et barn, bestemmes hvor dette skal skje av domstolen som avgjorde om det forelå en ulovlig bortføring eller tilbakeholdelse. Den kan bestemme at barnet skal tilbake til bostedlandet det hadde før den ulovlige bortføringen eller tilbakeholdelsen, eller den kan bestemme at det skal sendes til gjenværende ved dennes eventuelle nye bosted.¹⁴

1.3.2 Gjenværende med samværsrett

Denne oppgaven dreier seg i hovedsak om reglene for tilbakeføring i tilfelle der gjenværende forelder har foreldreansvaret. Dette er ikke hele konvensjonens anvendelsesområde, den har også regler som kan brukes av gjenværende forelder med samværsrett. Ved beskrivelsen av konvensjonens formål, i dens art. 1, er respekt for retten til samvær tatt med i dens litra b. En viss definisjon er tatt inn i art. 4, litra b. Ifølge denne bestemmelsen omfatter begrepet ”samværsrett” en rett til å bringe barnet til et annet sted enn dets bosted for en begrenset tidsperiode. Denne definisjonen betyr ikke at konvensjonen søker å ekskludere andre måter å utøve samværsretten på. Dessuten, siden det ikke står noe mer spesifikt i konvensjonsteksten, må retten etter denne artikkelen inkludere retter som går utover de nasjonale linjer. I Norge vil det antagelig i praksis være svært få av en slik type samværsrett. Her er det hovedsakelig slik at en person med foreldreansvar må samtykke for at vedkommendes barn skal tas ut av landet. Hovedforskjellen mellom reglene om samværsrett og de som gjelder gjenværende forelder med foreldreansvar er hva man kan oppnå med støtte i

¹³ Jfr. Perez Vera-rapporten, del 2, kapittel 1.

¹⁴ Jfr. bbl. forarbeider s.19

konvensjonens regler. Har man foreldreansvar kan man oppnå tilbakelevering, mens dersom man kun har samværsrett når barnet blir ført ut av landet har konvensjonen regler til å avhjelpe situasjonen på annen måte. Barnebortføringsloven har ikke noen regler som tilsvarer Haagkonvensjonens på dette området, dens bestemmelser på dette området retter seg mot de i Europarådskonvensjonen om emnet. Allikevel er Haagkonvensjonen ratifisert og således del av norsk lov, hvilket betyr at også de bestemmelse i konvensjonen som ikke er kopiert inn i loven har virkning i norsk rett. Konvensjonen søker ikke å bestemme samværet på en utfyllende måte. Den er ment å sikre fredelig utnyttelse av samværsretten uten å sette retten til foreldreansvaret eller daglig omsorg i fare.¹⁵

Regler om samværsrett har et eget kapittel i konvensjonen, nr. 4, som kun inneholder art. 21. Ifølge artikkelens 1.ledd kan man sende en søknad om å få organisert en samværsrett, eller sikret dens utøvelse til sentralmyndigheten i en konvensjonsstat på tilsvarende måte som ved begjæring om tilbakelevering av et barn. Siden disse reglene er ment å fungere mye på samme måte som tilbakeleveringsreglene går jeg ut ifra at uttrykket ”samværsrett” her blir bestemt mye på samme måte som begrepet ”foreldreansvar”. Selvsagt ikke av innhold, men tilsvarende ment som formelt begrep, forstått etter det opprinnelige bostedlandets rett og så videre. Sentralmyndighetene er etter 2.ledd bundet av de samme forpliktelser som ved begjæring om tilbakelevering av et barn når det gjelder lokalisering og alle de andre forpliktelsene i konvensjonens art. 7. Videre er det i denne sammenhengen sentralmyndighetens oppgave å treffe tiltak for å gjøre samværsretten mulig å utøve. Den skal etter ordlyden ”treffe tiltak for å fjerne, så vidt mulig, alle hindringer for å utøve samværsretten”. Nå er det jo ikke nødvendigvis slik at dette avhjelper saken tilfredsstillende. I 3.ledd er det så en bestemmelse som sier at sentralmyndigheten kan ta initiativ til, eller bistå ved innledningen av en rettssak. Den kan gjøre dette direkte, eller gjøre bruk av mellommenn. Formålet med en slik rettssak vil være å prøve å organisere eller sikre samværsretten, og sette vilkår for utøvelsen av den. Her vil altså en eventuell rettssak om utøvelsen av gjenværendes fremtidige rett bli holdt i mottakerstaten, mens man ved tilfeller der gjenværende har foreldreansvar gjerne sender

¹⁵ Jfr. Perez Vera-rapporten del 2, kapittel 4.

et barn tilbake slik at eventuelle endringer i denne retten blir å behandle i den opprinnelige bostedsstaten.

Jeg har ikke funnet noen eksempler i norsk rettspraksis på bruk av reglene om samværsrett i Haagkonvensjonen. Derimot har jeg grunn til å tro at Europarådskonvensjonen blir tatt i bruk på dette området, men jeg vil ikke gå nærmere inn på dette her siden jeg har avgrenset oppgaven til å gjelde reglene i Haagkonvensjonen.

1.3.3 Mulige unntak fra konvensjonens tilbakeleveringsregler.

I utgangspunktet er konvensjonens tilbakeleveringsplikt ganske absolutt. Antall unntak er begrenset og ordlyden i dem gir snever rekkevidde. Videre har rettspraksis vært ganske ensidig i en restriktiv tolkningstradisjon. Konvensjonens struktur bygger på en idé om at myndighetene i et barns bostedsland ikke skal nektes den jurisdiksjon som vanligvis ligger til dem. Idéen bak konvensjonen er at det er rettsapparatet i barnets bostedsland som skal avgjøre spørsmål om foreldreansvar, daglig omsorg og så videre. Det er meningen at statene skal respektere hverandres lover og avgjørelser, og rett til å ta disse. En for hyppig bruk av unntaksbestemmelsene ville undergrave denne grunnidéen.¹⁶

I Haagkonvensjonen er unntaksreglene ”kan-regler”. Her er de forskjellige fra unntaksreglene i Europarådskonvensjonens tilsvarende regler. Selv om kriteriene for å nekte tilbakelevering er tilstede er det opp til domstolen om den faktisk vil gi unntaksbestemmelsen virkning.

Unntakene fra konvensjonen er tatt inn i bbl. § 12. Dersom et år er gått siden bortføringen, og barnet har ”funnet seg vel til rette i sitt nye miljø” er det anledning til å la det forbli der. Det samme er tilfellet ved tilbakeholdelse under de samme omstendigheter. Disse unntakene finnes i bbl. § 12, litra a, som tilsvarer konvensjonens art. 12.

¹⁶ Hentet fra Perez-Vera rapporten, del 1, kapittel 1.

§ 12, litra b, tilsvarende konvensjonens art. 13, 1.ledd, litra b, inneholder et viktig unntaket. Det dreier seg om tilfelle hvor det er fare for at barnet kan tilføres en skade ved tilbakelevering, eller at barnet blitt satt i en stilling som ikke er godtakbar. Bestemmelsen gjelder både fysisk og psykisk skade, og har et ganske streng vurderingskriterium – det må foreligge en alvorlig risiko.

Den tredje unntaksbestemmelsen, i bbl. § 12, litra c, konvensjonens art. 13, 2. ledd, gis barnet selv en viss medbestemmelsesrett om hvorvidt det vil dra tilbake eller ikke. Forutsetningen her er at barnet har ”nådd en alder og modningsgrad som gjør det naturlig å ta hensyn til barnets mening”. Hvilken alder det her er snakk om kan etter ordlyden være individuell og det finnes forskjellige eksempler på hva som er blitt lagt til grunn og på at domstolen helt ser bort fra barnets mening selv om den anser det å være av tilstrekkelig høy alder. Det kan her være viktig å tenke på at, særlig for yngre barn, kan det føre til psykiske problemer dersom de tror de må velge mellom mor og far.¹⁷ Barn helt ned til 8 – 9 år er blitt spurt om deres mening. Jo eldre barna er jo mer naturlig er det å høre på deres mening. Fra 13 års alder og oppover er det naturlig at barnets mening kan være avgjørende. Dette stemmer ganske godt med barnelovens vurdering på området. Den gir barn mulighet til medbestemmelsesrett i sin egen situasjon fra rundt 12 års alder. I LB-1996-01104 var barna 6 og 8 år gamle og her fant retten at de var for unge til å skjønne konsekvensene av sitt valg. I LB-1999-03026 fant retten at barnet som var 11 år gammelt var i en alder da det ikke var tvil om at hun måtte høres, selv om hun ikke hadde fylt 12 år ennå. Men at barnet er av en høy nok alder til utvilsomt å skulle høres viser denne kjennelsen at det ikke behøver å bety at det barnet ytrer ønske om trenger å følges av retten. Denne saken gjelder tilbakeholdelse. Barnet hadde vært på ferie hos faren i Norge, og istedenfor å dra tilbake ble hun hos faren som uttaler at han vil beholde henne hos seg. Moren i Danmark har foreldreansvaret alene, og begjærer barnet tilbakeført. Barnet ytrer ønske om å forbli fast hos faren. Lagmannsretten slutter seg tilde ganske generelle vurderingene fra namsretten. De reelle hensyn som trekkes frem er at det dreier seg om en avgjørelse som har vidtrekkende betydning for barnet, og at det dermed er tvilsomt hvor gjennomtenkt og veloverveid hennes standpunkt er. Videre er det vanlig for barn å føle størst lojalitet overfor den av foreldrene det oppholder seg hos i øyeblikket. Lagmannsretten trekker også frem

¹⁷ Se Perez Vera-rapporten, del 1, kapittel 1, D.

oppfatningen til en barnevernkonsulent og ser hennes poeng om at saken har mange ukjente faktorer. Å overlate eventuelle ukjente ting til en eventuell rettsavgjørelse i Danmark er i tråd med Haagkonvensjonens formål om kun å gjenopprette en rettslig posisjon. Barnets far hadde da også anlagt sak i Danmark om overføring av foreldreansvaret. Av denne avgjørelsen kan det trekkes den slutning at barnets egen mening før det har oppnådd en relativt høy alder antagelig ikke er noen faktor av stor vekt for domstolene. Antagelig vil betydningen av meningen til et barn under 12-13 års alderen kun få noen særlig vekt hvor andre faktorer gjør at en sak står i en vanskelig stilling og man trenger et argument for at den skal vippe den ene eller den andre veien. Ifølge barnebortføringslovens forarbeider¹⁸ må bestemmelsen sees som en modifikasjon i utleveringsplikten, og et utslag av prinsippet om å ta hensyn til barnets beste.

Et fjerde unntak følger av bbl. 12, litra d, som tilsvarer art. 20 i konvensjonen. Grunnlaget for unntak etter denne bestemmelsen er tilfelle der ”det ikke ville være tillatt etter de grunnleggende prinsipper i mottakerstaten om vernet av menneskerettigheter og de grunnleggende friheter”. Mottakerstaten er da det landet et barn er blitt bortført til, i denne oppgaven er det Norge og norske regler som kunne være aktuelle. Ifølge forarbeidene til bbl.¹⁹ er denne bestemmelsen resultat av et kompromiss da konvensjonen ble laget. At denne teksten ble tatt inn i konvensjonen førte til det til da største bruddet i konsensus mellom de som deltok i forhandlingene ved konferansen da konvensjonen ble laget.²⁰ Forarbeidene til bbl. forteller videre at den er ment å bare komme til anvendelse i ekstraordinære unntakstilfelle. For at bestemmelsen skal anses oppfylt slik at barnet etter bestemmelsen ikke bør sendes tilbake, kreves det at en tilbakesendelse vil være uforenlig med de grunnleggende prinsipper i Norge om vern av menneskerettighetene. Innholdet av uttrykket ”menneskerettigheter og grunnleggende friheter” er i hovedsak ment å finnes i de internasjonale menneskerettighetskonvensjonene, utvidet med regler som verner menneskerettigheter og grunnleggende friheter i den enkelte stats lover, bland disse dens grunnlov. En tilbakeføring må i høy grad ikke gå overens med slike prinsipper. Prinsippene må i

¹⁸ Ot.prp.nr.52 (1987-1988) s.20.

¹⁹ Ot.prp.nr.52 (1987-1988) s.20.

²⁰ Fra den forklarende rapporten til Elisa Perez-Vera, del 1, kapittel 1.

prinsipp forby det. Dessuten må anvendelsen ikke være hyppigere, eller på noen måte lettere anvendbar enn om det gjaldt rent interne forhold. En studie av ”saks-lov” i forskjellige land viser at menneskerettigheter og grunnleggende prinsipper er svært forsiktig brukt av vanlige dommere, noe man må opprettholde i de internasjonale situasjonen konvensjonen retter seg mot. Innholdet i de siste fire setningene er hentet fra Perez Vera-rapporten²¹, hvilket betyr at hverken den nevnte undersøkelse eller oppfatningen her er av veldig ny dato. Jeg ser derfor en mulighet for at hyppigheten av bruken av slike regler er noe forandret, her i landet – blant annet med inkorporeringen av menneskerettighetskonvensjonene ved loven i 1999²², noe som kan være med på å begrunne valget av bestemmelse i det følgende eksempelet. Dette er et eksempel på en sak hvor denne bestemmelsen har kommet til anvendelse, i LB-2002-00932.²³ Her lar lagmannsretten være å ta stilling til spørsmålet om hvor barnet er bosatt fordi den mener at bbl. § 12, litra d hindrer tilbakeføring. I dette tilfellet har mor tatt med seg de to barna til Norge og faren begjærer tilbakelevering. Faren er imidlertid ikke bare far til et av barna, og ektefellene er enige om at barna ikke skal skilles. Grunnlaget for at retten her bruker unntaksbestemmelsen i litra d er norske bestemmelser om foreldreansvar og daglig omsorg, og menneskerettsloven § 2²⁴, jfr EMK²⁵ art.8. Retten viser her at moren er den eneste av de to partene som har foreldreansvar for det ene barnet. Etter norsk rett følger foreldreansvaret av biologisk foreldreposisjon. Hennes ekssamboer har ikke noen slik rett etter bare å ha levd sammen med barnet. Videre beskytter EMK art. retten til familieliv, noe som samlet betyr at moren har rett til å ha barnet hos seg der hun bor. Ut fra partenes enighet om å holde barna samlet blir farens begjæring avslått.

En annen type unntak, gjelder der den gjenværende forelder har samtykket til at barnet og vedkommende andre forelder bor og oppholder seg i det annet land, jfr konvensjonens art. 13, 1.ledd, litra a, annet alternativ. Et slikt samtykke kan gies både i forkant og i etterkant av den påståtte bortføring eller tilbakeholdelse. Et eksempel på

²¹ Jfr. del 2, kapittel 3.

²² Lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett av 21. mai 1999, nr. 30.

²³ Tidligere nevnt under kapittel 2.3.

²⁴ Lov om menneskerettigheter av 1996

²⁵ Den europeiske menneskerettighetskonvensjon av 4. november 1950.

foregående samtykke finnes i en lagmannsrettskjennelse – LB-1999-00705. Denne kjennelsen handler om parter som i utgangspunktet var fra USA. Etter at foreldrene separerte seg tok moren med seg barnet og bosatte seg i Norge. Faren søkte da om tilbakeføring til USA med hjemmel i Haagkonvensjonen. Dessverre for ham var det i separasjonsavtalen mellom ektefellene anledning for moren til å gjøre det hun hadde gjort. Den slo fast at det var hos henne barnet skulle bo og ga faren visitasjonsrett. Flere av farens anførsler var i strid med det som stod i separasjonsavtalen og moren var dessuten villig til å være med å dekke farens reiseutgifter så han kunne komme til Norge å besøke sønnen. Farens foregående samtykke til at mor og barn skulle flytte til Norge var her til hinder for å søke tilbakeføring senere. Som eget unntak i art. 13, litra a, er tilfeller der foreldreansvaret ikke faktisk var utøvd av gjenværende forelder. Dette unntaket kommer jeg nærmere inn på under neste kapittel.

Til slutt under dette kapittelet er det viktig å nevne muligheten konvensjonsstatene har seg imellom til å avtale fravik av bestemmelser i konvensjonen som begrenser tilbakeleveringsplikten i art. 36. Bestemmelsen sier at ingen del av konvensjonen skal hindre medlemsstatene å gjøre slike avtaler. En slik bestemmelse viser karakteren av kompromiss ved noen av konvensjonens bestemmelser. Dessuten viser den at kriterier som er mer i tråd med det grunnleggende formål med konvensjonen kan brukes for å bestemme formålet mellom stater som deler lignende juridiske konsepter.²⁶

1.4 Foreldreansvar og utøvelse

Under behandlingen av avgjørelser er det særlig to hovedspørsmål som stikker seg ut som sentrale av de unntakene i konvensjonen bortfører gjerne prøver å benytte for å slippe å sende barnet tilbake. Disse er konvensjonens krav om foreldreansvar og at dette er utøvd, jfr art. 3, som også er oppstilt som et unntak ved ikke utøvd i art 13,

²⁶ Jfr. Perez Vera-rapporten del 2, kapittel 5.

1.ledd, litra a, første alternativ, og unntaket om mulig skade for barnet ved tilbakesendelse i art. 13.

Jeg har tidligere gitt en kort beskrivelse av begrepet foreldreansvar. Nå vil jeg gå nærmere inn på hva som menes med foreldreansvar etter konvensjonen og dens krav om at det må være utøvd.

I Norge har vi et juridisk skille mellom foreldreansvar og samværsrett. Dette skille kommer frem av barneloven som gir disse begrepene hvert sitt kapittel i loven. Foreldreansvaret gir etter norsk lov visse plikter og ”rettigheter” til å bestemme for barnet. Samværsretten er en rett til å få være sammen med barnet til nærmere fastsatte tider. I Haagkonvensjonen opererer man også med dette skillet, den har sine egne regler for faktisk oppfyllelse av samværsrett i kapittel fire.

1.4.1 Foreldreansvaret

Et av Haagkonvensjonens hovedvilkår for at gjenværende skal kunne søke tilbakeføring etter dens regler er at vedkommende har foreldreansvar, jfr. art. 3. Dette vilkåret finner man igjen i bbl. § 11. Ifølge forarbeidene til barnebortføringsloven er det loven i det landet barnet er blitt bortført fra som avgjør hvem som har foreldreansvar. Regelen for dette er art. 3, litra 1. Denne regelen er forskjellig fra norsk lov i bl. § 66 som sier at norske domstoler skal legge norsk rett til grunn om avgjørelser om foreldreansvar og samværsrett. Konvensjonen går altså her foran loven, men så er den jo også tatt inn ved lov som er nyere en barneloven, jfr. lex posterior prinsippet som gjelder i norsk rett. Begrepet ”foreldreansvar” er altså ment formelt. Den praktiske betydningen av dette er at der et barn er blitt tatt vekk fra en gjenværende forelder i Norge er det norsk lov som bestemmer om gjenværende faktisk har rett til foreldreansvar. I tilfeller hvor et barn er blitt ført til Norge fra et annet av konvensjonens medlemsland er vedkommende andre lands lovregler som bestemmer om gjenværende der har rett til foreldreansvar. Dersom foreldreansvaret bygger på en avgjørelse eller lovregel fra et annet land enn bostedslandet, er virkningen den samme som om bostedslandets rett er fulgt kun hvis lovregelen gjelder etter lovvalgsreglene i bostedsstaten, og avgjørelsen hvis den har

gyldighet også i bostedsstaten. Med bostedlandets lov menes i konvensjonen dette begrep i sin videste forstand, også sedvanerett og såkalt "case-law), omfattes i den utstrekning de anses som lov i bostedsstaten. Det samme gjelder avgjørelser, også dette begrepet skal tolkes vidt. Ikke bare domsstolsavgjørelser, men også avgjørelser av administrative organer.²⁷ Antagelig vil alle avgjørelser som blir ansett å ha formell gyldighet i bostedslandet omfattes av begrepet. Så lenge det foreligger et formelt foreldreansvar har det ingen betydning at dette er begrenset gjennom rettsavgjørelse. Et eksempel på dette finnes i LE-2002-00178. Farens rett til foreldreansvar ble ikke betvilt selv om det gjennom en polsk avgjørelse var begrenset. Etter avgjørelsen bestod fars foreldreansvar kun av "medbestemmelsesrett over oppholdssted, fritidsopplegg, utdanningsretning og legebehandlingsmåte". Hvor viktig det her er å undersøke hvordan spørsmålet om det foreligger foreldreansvar løses i bostedslandets rett viste seg i LE-1993-03086, hvor spørsmålet viste seg avgjørende. Moren hadde her angivelig bortført barnet fra Canada til Norge. Da foreldrene flyttet fra hverandre, etter å ha levd sammen i Quebec, dro moren til British Columbia før hun flyttet til Norge. Canada er en forbundsstat hvor statstilknytningen følger provinsene, og barnet ble ansett sist å være bosatt i British Columbia siden dette var hva domstolene både der og i Quebec mente. Dermed var det lovreglene i British Columbia som var avgjørende for spørsmålet om farens rett til foreldreansvar. Ifølge lovgivningen i Quebec hadde faren rett til foreldreansvar, og moren bortført barnet ulovlig. Lovgivningen i British Columbia ga det motsatte resultat, og siden det her var denne som gjaldt ble moren frifunnet fra tilbakeleveringskravet.

Spørsmålet om det foreligger en bortførelse som er ulovlig har tilsvarende regler for sin avgjørelse. Dette kan være grunnen til at man i Norge noen ganger har fått en rettsavgjørelse for dette til støtte for et krav om tilbakeføring. Konvensjonens art. 15 og barnebortføringslovens § 15, 2.ledd gir den myndigheten i en konvensjonsstat som påbyr tilbakelevering rett til kreve at søkeren, det vil gjenværende, skaffer til veie et vedtak eller erklæring fra myndighetene i bostedslandet om at bortføringen eller tilbakeholdelsen var ulovlig etter konvensjonens art. 3. Forarbeidene til bbl.²⁸ fastslår at det faktum at en slik avgjørelse eller erklæring ikke blir lagt frem ikke er kan godtas

²⁷ Jfr. Perez Vera-rapporten, del 2, kapittel 1.

²⁸ Ot.prp.nr.52 (1987-1988) s. 21.

som grunn til å avslå en tilbakelevering. Retten kan ha behov for en slik erklæring i tilfelle der den det er usikkerhet vedrørende hvordan bostedslandets lov skulle forstås. Anmodning om en slik avgjørelse ble fremsatt av danske myndigheter i Rt. 1992 s.1526 ved en mors søknad om bistand for å få sitt barn tilbake til Norge. Faren hadde barnet hos seg i Danmark, og moren hevdet at det forelå ulovlig tilbakeholdelse. Moren fikk her medhold i at tilbakeholdelsen var ulovlig. I avgjørelsen beskrives også nærmere hva som ligger i konvensjonens ordlyd ”vedtak eller annen erklæring”. Dokumentasjon av denne typen trenger ikke være en rettsavgjørelse, det er tilstrekkelig med en erklæring fra kompetent administrativ myndighet, for eksempel Justisdepartementet. Ellers har man i Norge den implikasjon at man ikke kan ta et barn ut av landet mot dens ønsker som har foreldreansvaret, eller har del i felles foreldreansvar. Det er etter norsk rett vanligvis slik at en person med foreldreansvar har rett til å være med på å bestemme hvor barnet skal bo. Forarbeidene²⁹ til bbl. sier at § 11 også gjelder ved delt foreldreansvar. Tolkningen fra forarbeidene følges i Rt. 1990 s.1189. Det dreier seg her om begjæring om tilbakelevering til gjenværende far i USA. Et problem som kom opp her var spørsmålet om man kunne sende tilbake et barn til en forelder med foreldreansvar når den annen forelder som også hadde foreldreansvar ikke ble med tilbake. Retten antar at man kan dette på bakgrunn av Haagkonvensjonens system. Den trekker frem art. 17 om at en avgjørelse om foreldreansvar i mottakerlandet ikke skal være til hinder for at et barn sendes tilbake. Dessuten nevnes art. 19 om at et tilbakeleveringsvedtak ikke skal tolkes som en avgjørelse av realiteten i saken om foreldreansvar mellom foreldrene. Ordningen med felles foreldreansvar er den vanligste fordelingen av foreldreansvaret i Norge. Bare der moren får et barn uten å være gift og hvor faren ikke får foreldreansvar ved avtale mellom foreldrene eller som utfall av rettssak, eller hvor den ene forelder har blitt tilkjent foreldreansvaret alene etter skilsmisse har moren i utgangspunktet foreldreansvaret alene, jfr. barneloven § 35. Dessuten kan foreldreansvaret ha blitt fratatt en eller begge foreldrene ved en barnevernsak. I tilfeller hvor barnets foreldre har blitt enige om delt foreldreansvar ved avtale er det nødvendig med en registrering av denne avtalen i folkeregisteret for at den skal ha juridisk gyldighet og være grunnlag for rett til foreldreansvar etter konvensjonen. Som før nevnt kan foreldreansvaret bli holdt ikke bare av faktiske, men

²⁹ Ot.prp.nr.52 (1987-1988)

også juridiske personer. Det er blitt lagt til grunn at en domstol har foreldreansvar i konvensjonens forstand i tilfeller der den har lagt ned forbud mot å forlate dens jurisdiksjon uten dens samtykke.³⁰

En kort oppsummering av de norske grunnlagene for foreldreansvar er at man føder et barn, at man er gift med den som føder et barn, jfr. bl. § 34, etter avtale eller rettsavgjørelse, jfr. bl. § 35, og at man har adoptert et barn. Dessuten dom, rettsforlik, vedtak av fylkesmann eller departement, kjennelse om midlertidig foreldreansvar, overskridelse av generelt eller nedlagt forbud om å ta barnet ut av landet, eller utenlands avgjørelse osv med hjemmel i Europarådskonvensjonene, alt etter reglene i barneloven. Holderen av foreldreansvaret kan være enten en fysisk person eller en juridisk person, jfr. forarbeidene til bbl.

1.4.1.1 Tilfeller hvor gjenværende ikke har formelt foreldreansvar

Ved første øyekast kan regelen behandlet ovenfor virke rett frem, men som det viser seg har åpner den for et vidt spekter av mulige måter for oppfyllelse, og selv ved de greieste regler stiller man spørsmålet om det finnes unntak, eller andre måter å tolke en bestemmelse på. Et spørsmål her blir da om en person uten formelt foreldreansvar kan søke tilbakeføring etter Haagkonvensjonen og få medhold. Om dette spørsmålet besvares positivt kommer det så et spørsmål om hva som så skal kreves av tilknytning til barnet i disse tilfellene. Kvisberg henviser her til en engelsk avgjørelse der gjenværende i Australia ikke hadde foreldreansvar, men samværsrett. I dette tilfellet avgjorde domstolen allikevel at det forelå en ulovlig bortføring fordi det i skilsmisseoppjøret var bestemt at moren, som var bortfører og holder av foreldreansvaret ikke kunne ta barnet ut av landet uten farens samtykke.³¹

Man kan også finne andre problemstillinger der det er spørsmål om det i ethvert henseende er nødvendig med formelt foreldreansvar. Hvis man kan tenke seg et tilfelle hvor barnet bor hos en forelder som har daglig omsorg, mens den annen har foreldreansvaret blir det et vanskelig spørsmål hva som vil skje hvis personen med

³⁰ Kvisberg s. 95-96.

³¹ Kvisberg s. 94.

foreldreansvaret tar med seg barnet ut av landet. I norsk rett er det ikke meningen at denne problemstillingen skal kunne oppstå. Den forelder som har daglig omsorg er det også meningen at skal foreldreansvar. Allikevel er muligheten der for at slik situasjon skal kunne oppstå. Man kan tenke seg et scenario der den ene forelder sitter med foreldreansvar og daglig omsorg alene. Så kommer det til barnevernsak der man søker å ta fra denne forelder daglig omsorg, eller til og med foreldreansvaret. Mens man venter på at saken skal avgjøres av en domstol eller av fylkesnemnda kan barnevernet midlertidig ha tatt barnet vekk fra personen med foreldreansvar og latt den annen forelder ha midlertidig daglig omsorg.³² Spørsmålet blir da hva som skjer hvis personen som fortsatt har formelt foreldreansvar tar barnet med seg til et annet av konvensjonens medlemsland. Konvensjonens utgangspunkt er at man må ha foreldreansvar for et barn for å kunne kreve det tilbakelevert.. Jeg har ikke funnet noen eksempler fra rettspraksis på et slikt eller et lignende tilfelle. Som før nevnt er det mulig for en institusjon, domstol eller annen juridisk person å sitte med foreldreansvar. Institusjonen trenger ikke engang være et selvstendig rettssubjekt, den kan være en del av den offentlige forvaltning som i dette hypotetiske tilfellet. Siden det i denne situasjonen ikke er foretatt noen endelig avgjørelse blir spørsmålet om barnevernet med sitt midlertidige vedtak har overtatt foreldreansvaret, eller foreldreansvar i til denne funksjonen. Spørsmålet blir dermed om et slikt midlertidig vedtak har samme effekt som et endelig vedtak i denne sammenhengen. Etter Justisdepartementets rundskriv³³ er barnevernlovens midlertidige vedtak i akuttsituasjoner, etter barnevernloven § 4-6. Dermed er den hypotetiske situasjonen løst i norsk rett. Et problem her, slik jeg ser det, er at foreldrene som blir fratatt barnet sitt beholder foreldreansvaret, også dersom det er foreldreansvaret barnevernet her ønsker at skal fratas vedkommende forelder, vil hun/han ha det frem til en endelig avgjørelse eller de frasier seg det selv. Dette er også stort sett tilfelle i situasjonen hvor det er foretatt et vedtak om omsorgsovertakelse av barnevernet etter § 4-12, og her sidestilles den daglige omsorgen barnevernet har med foreldreansvar i hensikten av Haagkonvensjonens mulighet til en begjæring om å få barnet tilbakesendt. Til og med forbud mot flytting av barn etter bvl. § 4-8 kommer i

³² Om dette i Knut Lindboes ”Barnevernrett” s.104 – 105.

³³ Se Kvisberg s. 100

kategorien som tas med i Justisdepartementets rundskriv.³⁴ Etter konvensjonens regler er det ikke noen hindring for tilbakelevering at den bortførende forelder har foreldreansvar så lenge den som søker om å få barnet tilbake også har det. Det opprettes altså etter rundskrivets løsning et foreldreansvar også på grunnlag av bestemmelsene i barnevernloven som er tilstrekkelig ved bruk av konvensjonen. I en vurdering av resultatet av disse reglene får man en avveining der man på den ene side har formålet med å ha slike bestemmelser om midlertidig omsorgsovertakelse, nemlig at vedkommende forelder som barnevernet har tatt barnet fra ikke skal ha det hos seg, med tanke på skade for barnet. På den annen side har man skillet mellom en midlertidig og en endelig avgjørelse. Årsaken for dette skillet er at det korrekte offentlige organ skal være den eneste som kan gjøre så store inngrep i folks private hjemlige sfære. Også den tilliten man har til at slike instanser tar den riktige avgjørelsen som offentlig skal gjelde i samfunnet svekkes hvis slik myndighet spres for tynn – til for mange. Jeg finner dette argumentet svært sterkt. Siden barnevernet anses å ha denne retten etter bare et midlertidig vedtak er mye av realiteten i foreldrenes eget foreldreansvar veldig liten.

For å vri litt på problemstillingen kan man tenke seg en situasjon der en forelder med foreldreansvar og daglig omsorg på grunn av personlige problemer har frivillig overlatt barnet for en tid enten hos den annen forelder uten foreldreansvar eller hos en institusjon. Igjen blir spørsmålet hva som skjer hvis personen tar barnet med til en annen medlemsstat. Også her gir Justisdepartementets rundskriv løsningen.³⁵ Frivillig plassering etter barnelovens § 4-7, jfr. §§ 4-6 og 4-3 er aktuelt grunnlag for foreldreansvar. Her trekkes begrepet foreldreansvar etter min mening svært vidt. Det juridiske grunnlaget for at daglig omsorg her ikke ligger hos den aktuelle forelder er frivillighet, og i slike tilfeller er det normalt ikke noen som vil nekte en forelder å hente barnet sitt før antatt tid. Dersom barnevernet eller lignende skulle anse det påkrevet at et barn skulle fratas forelderen i tilfeller der han/hun ikke opprettholdt den frivillige ordningen, må det gjøres et vedtak eller treffes en offentlig avgjørelse om dette, og i så fall kan foreldreansvaret gå midlertidig over for eksempel på barnevernet eller en domstol. Jeg synes det er rart at at man kan hevde å ha det tilstrekkelige formelle

³⁴ Jfr. Kvisberg s. 100

³⁵ Se Kvisberg s. 100

foreldreansvar så lenge et slikt vedtak eller avgjørelse ikke er gjort før forelder og barn har dratt ut av landet. Haagkonvensjonen kan bare brukes til å gjenopprette en rettstilstand. Den rettstilstand det da er snakk om er den som forelå idet forelder og barn forlot bostedslandet.

I begge de tilfellene jeg har tatt opp som eksempler under dette kapittelet taler Justisdepartementets rundskriv for en bestemt løsning. Begrepet foreldreansvar får etter dette en svært vid tolkning. Mine vurderinger av rundskrivets løsning er heller kritiske, og grunnlaget for dette er utover det jeg har nevnt rundskrivet alder, og det faktum at et nytt er under utarbeidelse. I skrivende stund har man sluttet å trykke opp rundskriv G-136/91, det er ikke flere eksemplarer tilgjengelige på lager, og det er i det hele tatt svært vanskelig å oppdrive og få studert et eksemplar. Den lave tilgjengeligheten er heller ikke med på å styrke rettskildens vekt.

Etter barnevernsloven har man også foreldreansvar som godtgjør tilbakesøkningsrett etter fratakelse av foreldreansvar etter § 4-20, og etter dom i sak reist etter sosialtjenesteloven § 9-10³⁶.

1.4.2 Utøvelse av foreldreansvaret

Bakgrunnen for vilkåret om at foreldreansvaret skal være utøvd er at konvensjonen vil vektlegge å beskytte et barns rett til stabilitet i dagliglivet.³⁷ Man ønsker ikke å endre aspekter ved et barns liv, som følelsesmessige, sosiale og så videre, uten at det foreligger juridiske argumenter som garanterer deres stabilitet i en ny situasjon.

Ved undersøkelse av hva som kreves for å si at foreldreansvaret er utøvd, finner jeg ofte begrepene ”foreldreansvar” og ”utøvelse av foreldreansvar” i forening i juridisk litteratur og avgjørelser. Dermed er det en del spørsmål som blir aktuelle - som om det for eksempel her er nok å ha utøvd en samværsrett, om det er nok å søke om tilbakesendelse, forsøke å hindre utreise, eller ha rett til å hindre utreise. Det jeg må ta

³⁶ Lov om sosiale tjenester av 13. desember 1991 nr. 81

³⁷ Jfr. Perez Vera-rapporten, del 2, kapittel 1.

stilling til er hvor grensen går, om det kan være nok å ha formelt foreldreansvar, og så utøve dette ved å søke om tilbakesendelse. I Kvisbergs bok finner jeg ymt om at noe slikt kan være mulig, men det kommer etter en lengre utredning om tilfeller der dette vilkåret er oppfylt hvor det forelå mange flere indikasjoner på at man hadde tatt i bruk sin rett til foreldreansvar.

Etter forarbeidene til bbl. foreligger det en presumpsjon for at den som hadde foreldreansvaret også utøvde det i praksis. Spørsmålet blir da om dette er tilstrekkelig for å si at konvensjonens krav er oppfylt hva angår utøvelse av foreldreansvaret. Slik jeg forstår bruken av konvensjonen, kommer man her til et skille mellom konvensjonens grunnkrav i art. 3 og dens unntak i art. 13. Hva som kreves for oppfyllelse av begrepet ”utøvd foreldreansvar” i de to paragrafene følger naturlig av formålet med dem og bevisbyrden etter dem. For kravet i art. 3 kan man si det er oppfylt ved formelt foreldreansvar gjennom den nevnte presumpsjonen. Det er opp til gjenværende å bevise at det foreligger en ulovlig bortføring. For art. 13 er det bortfører som skal bevise at foreldreansvaret ikke faktisk er blitt utøvd slik konvensjonen krever. Det er under dette punktet jeg tror at det blir mer aktuelt å komme til en videre vurdering av begrepet, hvor man kan kreve bevis for faktisk utøvelse. Vurderingen etter art. 13 vil bare forekomme i tilfeller der det påberobes som et unntak at foreldreansvaret ikke er utøvd.

Barnebortføringsloven opererer ikke med den samme oppdelingen i regel og unntak som er konvensjonens ordning. Her står kravet om utøvelse kun i lovens § 11, annet ledd, litra b. I kjennelser ser man ut til å bruke konvensjonens system, om det enn ikke nødvendigvis direkte vises til, da man etter denne lettere kan se hvor bevisbyrden legges.

I litteraturen behandles disse kravens til dels under ett³⁸, og Kvisberg avslutter sitt kapittel om unntaksbestemmelsen med å vise til et eksempel, en fransk kjennelse fra 1990 der domstolen anså det som tilstrekkelig for utøvd foreldreansvar at mor hadde reagert øyeblikkelig da hun fikk vite at barnet var bortført og krevde tilbakelevering etter Haagkonvensjonens regler. Hvis dette er riktig, er det forbausende at det i mange andre kjennelser stilles opp flere kriterier for å vise at foreldreansvaret er utøvd. Dersom det den franske dommer viser til er nok, eller det er tilstrekkelig med en presumpsjon kan man spørre om hvorfor andre tar med flere kriterier for å vise utøvd foreldreansvar.

³⁸ Kvisberg s.119, jfr. s.102-109

Et annet sted i Kvisbergs bok³⁹ setter hun opp presumpsjonen som et utgangspunkt for at kravet i art. 3 er oppfylt, mens hun viser til at det er opp til bortfører å bevise at det ikke er det, jrf. art. 13, noe som støtter min oppfatning av hvordan vurderingen etter reglene er å forstå. Den nevnte franske dommen har etter min mening gått ganske langt i å ta bort realiteten i kravet om utøvelse, og jeg har ikke funnet noen senere faktiske tilfeller der et så mildt innhold av kravet i art. 13 legges til grunn.

Også i Perez Vera-rapporten⁴⁰ gis det uttrykk for at bestemmelsen i art. 3 er ment ganske uformelt, og ser dette i sammenheng med unntaksbestemmelsen i art. 13. Allikevel går man her ut ifra en litt strengere standard enn kun en presumpsjon. Man krever kun hva man her kaller ”litt foreløpig bevis”, og ser bestemmelsen også i sammenheng med art. 8, som i 2. ledd, litra c bare ber om at man blant punktene i søknaden for tilbakeførelse skal ta med grunner man vil påberope for å få barnet tilbake. Allikevel ender man her med å konkludere med at personen som har daglig omsorg for barnet, faktisk utøver foreldreretten.⁴¹ Et utgangspunkt for vurderingen etter art. 13 er at dommeren vurderer hver enkelt sak etter de opplysninger som foreligger. Det kan for eksempel være tilfeller der den som har daglig omsorg ikke faktisk bor sammen med barnet uten at dette trenger å være brudd på utøvelsen av foreldreansvaret. Det finnes situasjoner der forelder og barn ikke kan bo sammen på grunn av sykdom, skolesituasjon eller andre lignende eksempler. I art. 13, 3. ledd står det at i vurderingene etter unntakene i art. 13, skal det tas hensyn til de opplysninger man mottar fra sentralmyndigheten eller annen myndighet i barnets bostedsland, om barnets sosiale bakgrunn. Bestemmelsen søker for det første å lette bevisbyrden som her er plassert hos den som motsetter seg tilbakelevering. For det andre er den ment å øke nytten av den informasjonen som myndigheter fra bostedslandet har besørget.⁴²

I et annet eksempel i Kvisbergs bok er det tilstrekkelig for å ha utøvd foreldreansvar at man har formelt foreldreansvar, utøver samværsrett og krever

³⁹ Kvisberg s. 104

⁴⁰ Del 2, kapittel 1.

⁴¹ Ettersom dette er en oversettelse fra engelsk, med dette språkets juridiske uttrykk i sammenheng, vil jeg her ta et lite forbehold om at min forståelse som oversetter ikke må være helt korrekt.

⁴² Jfr. Perez Vera-rapporten, del 2, kapittel 3.

tilbakelevering. Dette har retten støttet seg til i LB-1996-01104. Her resonneres det med at dersom dette gir rett til foreldreansvar må gjennomførelse av disse punktene også føre til at kravet om utøvelse av foreldreansvaret er oppfylt. I Rt. 1997 s.1879 holdes det fast ved at presumpsjonen for utøvelse skal gjelde selv om kravet om utøvelse ble utfordret av motparten. Situasjonen var her at foreldre og barn opprinnelig bodde i USA. Etter en juleferie i Norge dro faren tilbake til USA, mens mor og barn forble i Norge hvor mor begynte å jobbe og motta barnetrygd. Denne situasjonen varte imidlertid bare frem til slutten av mars samme år. Da dro mor og barn tilbake, og barnet var derette en kort periode hos faren mens moren var uten barnet i Norge. Da hun kom tilbake til USA for så å dra til Norge med barnet uten farens vitende i april, begjærte faren tilbakeførelse etter konvensjonen, noe han fikk innvilget i det norske rettsapparatet. Oppholdet i Norge uten faren etter jul ble ikke sett som bytte av bosted eller som tilstrekkelig mengde tid for brudd på kravet om utøvelse av foreldreansvaret. På det faktiske tidspunkt for bortførelsen var barnet hos gjenværende.

Unntaket i art 13 om utøvelse, skiller seg fra de andre unntakene i konvensjonen. Som nevnt under det generelle kapittelet om unntak, kapittel 2.4, er unntakene ”kan”-bestemmelser som det er opp til domstolene å bestemme om de vil la komme til anvendelse eller ikke. Til tross for at kravene for et unntaks oppfyllelse foreligger er det opp til den aktuelle domstol å bestemme om den vil ta hensyn til dette og la barnet bli hos bortfører, eller om den allikevel vil sende det hjem til sitt opprinnelige bostedsland. For unntaket i § 13 har ikke domstolene denne friheten. Dersom bortfører beviser at gjenværende ikke har utøvd foreldreansvaret faller forutsetningen i § 3 bort, dermed foreligger det ikke lenger noen ulovlig bortføring, og begjæringen om tilbakesendelse av barnet må avslås.⁴³

1.5 Unntak for skade eller uakseptabel situasjon for barnet

Det andre hovedområdet i Haagkonvensjonen jeg vil komme inn på under hoveddelen av oppgaven er unntaket i bbl. 12, litra b, jfr konvensjonens art. 13, litra b.

⁴³ Kvisberg s.119

Disse unntaket går som første alternativ på tilfeller der det er fare for fysisk eller psykisk skade på barnet dersom det blir sendt tilbake, ”eller på annen måte setter barnet i en stilling som ikke kan godtas” som annet alternativ. Artikkelen ser ut til å være mye påberopt, men sjelden med hell. Tradisjonelt blir den tolket svært restriktivt. Haagkonvensjonen blir i stor grad brukt til å oppfylle sitt formål, nemlig å gjenopprette den opprinnelige rettstilstand og sende et barn tilbake til sitt bostedsland.

Det første jeg vil trekke fram er en kjennelse som ser ut til å ha stor innflytelse på disse rettsspørsmålene. Kjennelsen ble publisert i Rt. 1993 s.881 og er nevnt som rettskilde i en rekke kjennelser senere. Det er den kjennelsen jeg finner mest gjennomgående henvist til, og som jeg vil ta utgangspunkt i ved flere av sidene ved spørsmålet når jeg tar for meg dets vurdering gjennom rettspraksis.

Dette var en sak der tilbakeføring faktisk ble nektet i alle instanser. Partenes opprinnelige hjemsted var Frankrike hvor de var gift og bodde i ti år. Moren tok barna med seg til Norge, og faren krevde tilbakelevering. Saken gikk til Høyesteretts kjæremålsutvalg der man kunne prøve lagmannsrettens saksbehandling og generelle tolkning av forskrifter. Her var det unntaksregelen i § 12, litra b, annet alternativ som kom til anvendelse. Det er særlig to vurderingsmomenter i kjennelsen som blir gjentatt i andre tekster og kjennelser. Disse inngår i denne setningen fra kjennelsen: ” Det må kreves at en tilbakeføring vil være klart uheldig for barnet, og at det foreligger en relativt klar sannsynlighetsovervekt for dette”.

I Lagmannsrettens behandling av saken, i LE-1993-01033, kommer de hensyn frem som gjør at man anser unntaket oppfylt. Farens adferd anses skadelig for resten av familien, og forholdet mellom partene er meget turbulent, hvilket fører til at det er uakseptabelt å levere barna tilbake.

I Kjæremålsutvalgets kjennelse kommer man også inn på diskusjonen som finnes i forarbeidene om disse unntakene, og det faktum at det etter konvensjonen ikke kommer på tale med noen ”barnets beste”- vurdering. Dette er blitt nøye fulgt i senere kjennelser.

Det skal ikke legges til grunn noen ”barnets beste”-vurdering, men hele systemet med tilbakeføring etter Haagkonvensjonen er nettopp ment å være til barnets beste. Det er barnet som her skal sees på som offeret, ikke den gjenværende forelder.⁴⁴

⁴⁴ Se Perez Vera-rapporten, del 1, kapittel 1, C.

Rettssetningen fra kjennelsen er i senere tilfeller stort sett brukt til å tolke frem et motsatt resultat av det som ble utfallet av 1993-kjennelsen. Et eksempel på dette er den før nevnte⁴⁵ lagmannsrettsavgjørelsen i LB-1996-01104. Her ble rettssetningene fra 1993-kjennelsen sitert og brukt for å distansere seg fra en ”barnets beste”-vurdering.

I den tidligere nevnte⁴⁶ Rt. 1997 s. 1879 ble bruken av 1993-kjennelsen utvidet til å omfatte det første alternativet i § 12, litra b. Høyesterett mente at et tilsvarende strengt vurderingskriterium kom til anvendelse også ved bruk av dette alternativet. Dette dels fordi ordlyden i dette alternativ ikke taler for en alminnelig vurdering av hva som er til barnets beste. At det i denne bestemmelsen ikke dreier seg om noen ”barnets – beste” vurdering, som er vanlig i andre deler av barneretten har jeg vært inne på også tidligere i oppgaven. Dette synspunktet ble bekreftet også i LB 1996-00451⁴⁷, der tilbakelevering ble nektet på grunn av det som ble betegnet som en ”farlig og spent situasjon”. Det ble dessuten trukket frem at situasjoner i Kvisbergs bok på sidene 133 – 136 hadde langt mer drastiske konsekvenser enn i den foreliggende situasjon. Et eksempel fra disse sidene er hvor gjenværende forelder er alkoholiker med store psykiske problemer. Lagmannsrettens bruk av § 12 ble ansett korrekt da saken kom opp for Høyesterett i Rt. 1996 s.808, og kjæremålet ble forkastet.

Om første alternativ i § 12, litra b, går lovens forarbeider⁴⁸ nærmere inn på hva som ligger i lovens krav. Dens ordlyd er ”alvorlig risiko for” ”fysisk eller psykisk skade”. En risiko som omtalt i loven må ha bakgrunn i objektive forhold. Risikoen for skade trenger derimot ikke å være umiddelbar. Jeg går ut i fra at dette betyr at potensielle situasjoner der man ikke forventer en hele tiden nærværende fare for skade, dekkes av bestemmelsen. Et eksempel på en slik situasjon kan være et tilfelle der gjenværende ektefelle har en historie med å bli voldelig når vedkommende drikker, og dette forekommer innimellom,. Uttrykket ”psykisk skade” er ment å dekke både mental skade og noen former for moralsk skade. Det sistnevnte uttrykket ville man ikke putte inn i konvensjonen av frykt for at det skulle kunne tolkes for vidt. Som nevnt har man

⁴⁵ Se under kapittel 3.2

⁴⁶ Se under kapittel 3.2.

⁴⁷ Tidligere omtalt under kapittel 2.3.

⁴⁸ Ot.prp.nr.52(1987-1988)

tradisjonelt tolket konvensjonens unntaksbestemmelser ganske restriktivt. At det skal stilles strenge krav for bruk av unntaksregelen kommer også frem av Justisdepartementets rundskriv.⁴⁹ Ifølge Kvisberg blir tilbakelevering noen ganger nektet i underrettene, men disse avgjørelsene blir ofte omgjort i overordnede domstoler. Det skal foreligge en svært stor risiko for at et unntak blir ansett å være oppfylt. Det er i denne sammenheng viktig å huske på at konvensjonen går inn for å gjenopprette en rettstilstand og ikke endre en. Etter at et barn har blitt sendt tilbake kan spørsmål om hvem som skal ha foreldreansvar, samværsrett, daglig omsorg osv. tas opp på vanlig måte i det juridiske system i barnets bostedsland.

I vurderingen av om det foreligger risiko for skade er det i utgangspunktet bare barnet situasjon som skal vektlegges. For dette forhold har det gjennom rettspraksis vist seg at det kan ha betydning hvorvidt den bortførende forelder er villig til å bli med sitt barn hvis det blir hjemsendt, og dette kan bli vurdert som egen faktor. Det kan ha stor betydning for hvordan barnet opplever tilbakeføringen om bortfører blir med tilbake eller ikke. Dette gjelder særlig i tilfelle der det er snakk om små barn, når bortfører har faktisk omsorg eller hovedomsorg, og når det går lang tid fra bortførelsen til en tilbakeføring slik at barnet i lang tid kun har hatt bortfører som en forelder å forholde seg til. I tilfeller hvor bortføreren finner det vanskelig å være med tilbake kan det bli stilt krav til gjenværende om at han/hun skal legge forholdene til rette slik at tilbakekomsten blir lettere for bortfører. Et eksempel på dette finner vi Kvisbergs bok.⁵⁰ Hun viser til en engelsk avgjørelse fra 1988 kalt *C v. C*. Her foreligger stor fare for psykisk skade dersom barnes skulle skilles fra moren for å kunne sendes tilbake til Australia. Domstolen lagde ikke noe tilbakesendelsesvedtak før faren la frem et forslag om en ordning der moren kunne være med tilbake, som domstolen også tilføyet en del vilkår. Denne løsningen er ikke ment som noen åpning for bortfører til å manipulere utfallet av saken. Ifølge Kvisberg legger ikke domstolene noen vekt på risikoen for barnet dersom bortfører har mulighet til å bli med tilbake, men ikke vil.

⁴⁹ Se Kvisberg s. 131.

⁵⁰ Kvisberg s. 135

I LB-1999-03026⁵¹ gjorde man ikke noe skille mellom de alternative unntakene i § 12, litra b. Det er allikevel tydelig at det i denne saken var første alternativ om fysisk eller psykisk skade som ble vurdert. Faren, som holdt datten tilbake hos seg i Norge, hadde noen anførsler han mente oppfylte denne unntaksbestemmelsen. Han mente å ha påvist risiko for psykisk skade da datteren hadde søvnproblemer og at frykten for å reise tilbake førte til noen ”sammenbrudd”. En klinikk ga uttrykk for at hun var behandlingstrengende. Namsretten ser ikke bort ifra at det her kan foreligge risiko for psykisk fare, men den anser ikke unntaket i § 12, litra b som oppfylt. Retten anser antagelig den anførte risiko som alminnelig, siden den uttrykker at alminnelig risiko ikke er tilstrekkelig. Det må kreves at risikoen er ”alvorlig”, og retten bestemte at barnet skulle sendes tilbake. Disse bemerkningene fra namsretten sluttet Lagmannsretten seg til. Det var også et par andre bemerkninger rettsinstansene kom med. Det ble ansette som en ofte forekommende mulighet at det forelå en fare for psykisk skade på barnet når foreldrene var i en alvorlig konfliktsituasjon. Her var dessuten det danske barnevernet koblet inn, og faren hadde anlagt en sak om overtagelse av foreldreansvaret ved dansk domstol. Når Lagmannsretten da bestemte tilbakesendelse følger den både den tradisjonelle restriktive tolkningstradisjon når det gjelder konvensjonens unntaksregler, og konvensjonens formål om kun å gjenopprette en rettstilstand, ikke endre den. Det anses som mest ønskelig at slike endringer, som for eksempel en endring i foreldreansvaret ikke skal skje ved hjelp av konvensjonen, men kun ved bostedslandets rett.

Så langt i oppgaven har det vist seg svært vanskelig å få noen kjennelse hvor man finner at en av unntaksbestemmelsene er oppfylt, og man lar barnet få bli hos bortfører i mottakerstaten. Et ganske nytt eksempel på at dette allikevel kan skje finnes i LE-2002-00178. Lagmannsretten får støtte av Høyesterett i Rt. 2002 s.715, som forkaster kjæremålet. Her var partene opprinnelig bosatt i Polen sammen med sin sønn. Etter at de flyttet fra hverandre fikk moren tilkjent hoveddelen av foreldreansvaret av en Polsk rett. Hun hadde da giftet seg og tatt med seg barnet til Norge. Faren anket, men ankesaken ble stoppet i påvente av saken om begjæring om tilbakeføring i Norge. Det var i denne kjennelsen ikke tvil om at faren hadde foreldreansvar, og at dette var utøvd.

⁵¹ Tidligere omtalt under kapittel 2.4.

Det forelå en ulovlig bortføring fra morens side, noe som også fikk betydning for fordelingen av saksomkostninger. Unntaket moren fikk medhold etter var annet alternativ i bbl. § 12, annet ledd, litra b. Denne kjennelsen kan derfor være med på å gi et klarere bilde av hva som kreves for at dette unntaket skal kunne anses å være oppfylt. Ordlyden i unntaket er at ”det er en alvorlig risiko” for at barnet settes ”i en stilling som ikke kan godtas”. Også i denne avgjørelsen blir det vist til Rt. 1993 s.881 med de vurderingsmomenter som tidligere er nevnt. Lovtolkningen, som er det Kjæremålsutvalget kan prøve godkjennes da det støtter seg til rettssetningen fra Rt. 1993 s.881 og tolkningen fra Justisdepartementets rundskriv.

Det nevnes i lagmannsrettskjennelsen også at Justisdepartementet rundskriv stiller strenge krav til anvendelsen av unntaksbestemmelsen. Når retten allikevel kommer til at det kommer til anvendelse skyldes dette blant annet at foreldrenes konflikter har en sterk negativ virkning på gutten. Han har spenninger, hvilket gir ham mange negative opplevelser. Dessuten utviser han ”en betydelig grad av uro og forvirring, og aksepterer ikke seg selv i sin situasjon”. Guttens familiesituasjon er en stor belastning for ham. Disse momentene, som retten ser ut til å tillegge stor vekt, bygger på en sakkyndig vurdering brukt i den polske barnefordelingssaken som hovedsakelig dreier seg om faren, og en rapport fra guttens barnehage. Den polske distriktsretten sluttet seg i barnefordelingssaken til den sakkyndige erklæring. Lagmannsretten har tydelig også tro på den sakkyndige uttalelsen og trekker frem en uttalelse om at far sår tvil om mors kjærighet til barnet. Denne sammen med barnets involvering i konflikten mellom foreldrene gjør at retten finner det nevnte unntaket oppfylt.

Hvilken vekt retten ellers tillegger sakkyndiges erklæring er vanskelig å si noe sikkert om. Det retten sier om guttens forhold til foreldrenes konflikter, som manifesteres i hans vanskeligheter med å takle situasjonen ser ut til å være hentet fra sakkyndiges erklæring. En del av den er kopiert inn i kjennelsen men, hvilket skulle tilsi at den har en viss relevans. Jeg går dessuten ut ifra at det er en mulighet for at det retten trakk frem som avgjørende, bygger på en vurdering av det som den sakkyndige kommer med i videre grad enn bare de setningene om at faren sår tvil om morens kjærighet, og hvordan barnet opplever selve konflikten. Derfor vil jeg ta med noen punkter fra den sakkyndige erklæring. Faren forsørges av sin familie og søker ikke fast arbeid i det han hevder rettssakene opptar ham for mye. Hans vurderinger av moren er desidert

urettferdige; partiske og overdrevent kritiske uten noen god begrunnelse. I tillegg til å kritisere henne, fornærmer han henne og sår tvil om hennes kjærlighet til barnet. Om seg selv er faren kritikkløs og godtar ingen kritikk fra andre heller. Sønnen prøver han å dirigere ut fra sin maktposisjon, uten hensyn til hans følelser eller ønsker. Retten foretar også en vurdering av forholdene dersom barnet skulle sendes tilbake til Polen. Ifølge retten vil her den mulighet at mor skal flytte tilbake til Polen sammen med gutten i påvente av ankesaken faren har begjært, ikke avhjelpe situasjonen i den grad at det vil være forsvarlig å sende ham tilbake. Retten er her redd for at de konflikter som virker så sterkt negativt på ham vil få ny styrke dersom moren må flytte tilbake til Polen mot sin vilje. Dessuten mener de det er klart uheldig for ham å avbryte hans utvikling i Norge som har ca. et års varighet. Det vil sette i fare barnets personlige utvikling.

Etter denne redegjørelsen står man igjen med et ganske bestemt inntrykk av at art. 13, først ledd, litra b tolkes i den restriktive tradisjon som hevdes å være den opprinnelige mening, og normalsitasjonen ifølge juridisk litteratur. Som man kan se i dommene skal det svært mye til før en avgjørelse blir tatt om at et barn skal få bli i mottakerstaten som følge av unntaket.

1.6 Avslutning

En oppgave som denne er ikke så stor at det kan dras noen veldig nøyaktige konklusjoner av den. Det jeg tar med under denne delen blir derfor de inntrykk jeg sitter igjen med etter et semesters arbeid.

Så vidt jeg kan se fremstår sjansen for å få igjen et barn som er bortført fra en medlemsstat av Haagkonvensjonen til en annen svært gode. Dette skyldes to forhold. Utgangspunktet er gode rutiner og effektiv behandling hos sentralmyndighetene. Det annet og avgjørende forhold er domstolenes vide tolkning av konvensjonens grunnvilkår, og deres restriktive, formålstjenende tolkning av dens unntak.

Forutsetningen er at sentralmyndigheten klarer å lokalisere det bortførte barn slik at konvensjonens regler har en mulighet til å kunne komme til anvendelse. Dette punkt kan vise seg som kanskje det største problem for gjenværende forelder.

Arbeidet med konvensjonen har vist at den har enkelte vanskelige vurderingstemaer, som ikke nødvendigvis har blitt noe lettere etter denne fremstillingen. Dette gjelder særlig kravet om utøvelse av foreldreansvar og unntaket som gjelder uakseptabel situasjon for barnet. Å rette på dette gjennom en endring av konvensjonen er antagelig lite aktuelt. Det ville kreve at alle landene skulle klare å bli enige om nærmere vilkår, noe som fortoner seg lite sannsynlig all den tid det var vanskelig å få med noen særlige unntak i første omgang. Mer aktuelt kan det være å komme med nærmere vurderingsmomenter i det nye rundskrivet, selv om det tvilsomt at dette kan avhjelpe situasjonen i noen stor grad. Hvert tilfelle i foreliggende praksis er unikt, akkurat som ingen sak vil være helt lik den annen i fremtiden, noe som gjør det umulig å sette opp helt nøyaktige kriterier som tar med alle eventualiteter. Det er viktig å ikke ta bort den tolkningsfrihet som ligger i konvensjonens regler med for utfyllende interne bestemmelser, man ville da ta vekk muligheten for at rettspraksis kunne nærme seg hverandre i de forskjellige medlemsland.

At Haagkonvensjonen har god virkning blir bekreftet i artikkelen fra Dagsavisen⁵² som jeg skrev om i innledningen. Ifølge en uttalelse fra Wenche Bjørland som er underdirektør i Justisdepartementets Sivilavdeling (som er Norges sentralmyndighet), blir de fleste sakene som gjelder bortføring fra Norge raskt løst ved tilbakeføring før det kommer til rettssak.

⁵² Se note nr. 1.

2 LITTERATURLISTE OG REGISTRE

Bøker

Kvisberg, Torunn E. *Internasjonal barnebortføring med hovedvekt på*

Haagkonvensjonen av 25. oktober 1980. Oslo 1994

Lindboe, Knut. *Barnevernrett.* 3. utg. Oslo, 1997

Kommentarer

Perez Vera, Elisa. *Forklarende rapport.*

Forarbeider

Ot.prp.nr.52 (1987-1988) Lov om anerkjennelse og fullbyrding av utenlandske avgjørelser om foreldreansvar mv og om tilbakelevering av barn

Lovregistre

1981 Lov om barn og foreldre (barnelova) av 8.april 1981 nr. 7

§34

§35

1988 Lov om anerkjennelse og fullbyrding av utenlandske avgjørelser om foreldreansvar m v og om tilbakelevering av barn (barnebortføringsloven) av 8.juli 1988 nr. 72

§ 2

§ 5

§ 11

§ 12

§ 13

§ 15

1991 Lov om sosiale tjenester m.v. av 13.desember 1991 nr 81

§ 9

1992 Lov om barneverntjenester av 17.juli 1992 nr. 100

§ 4-12

§ 4-20

§ 4-6

§ 4-7

§ 4-22

§ 4-3

§ 4-8

Konvensjoner

Konvensjon av 25 oktober 1980 om de sivile sider ved internasjonal barnebortføring
(Haagkonvensjonen om barnebortføring) (Norsk tekst i lovsamlingen)

Art. 1

Art. 3

Art. 4

Art. 5

Art. 6

Art. 7

Art. 8

Art. 9

Art. 10

Art. 11

Art. 13

Art. 15

Art. 19

Art. 20

Art. 21

Art. 25

Art. 26

Art. 27

Art. 35

Art. 37

Art. 38

Art. 39

Art. 40

Art.42

Art.44

Domsregistre

Rt. 2002 s.715

Rt. 1997 s.1879

Rt. 1996 s.808

Rt. 1994 s.1352

Rt. 1993 s.881

Rt. 1992 s.1526

Rt. 1991 s. 1513

Rt. 1991 s.1051

Rt. 1990 s. 1189

Upubliserte dommer

LE-2002-00178 (Lovdata online). Eidsivating lagmannsrett – Kjennelse. 2002-03-25

LB-2002-00932 (Lovdata online) Borgarting lagmannsrett – Kjennelse 2002-05-07

LB-1999-03026 (Lovdata online) Borgarting lagmannsrett – Kjennelse 1999-10-26

LB-1999-00705 (Lovdata online) Borgarting lagmannsrett – Kjennelse 1999-04-12

LB-1996-02237 (Lovdata online) Borgarting lagmannsrett – Kjennelse 1996-09-12

LB-1996-03344 (Lovdata online) Borgarting lagmannsrett – Kjennelse 1996-12-06

LB-1996-01104 (Lovdata online) Borgarting lagmannsrett – Kjennelse 1996-06-10

LB-1996-00451 (Lovdata online) Borgarting lagmannsrett – Kjennelse 1996-03-29

LE-1993-01033 (Lovdata online) Eidsivating lagmannsrett – Kjennelse 1993-06-14

LE-1993-03086 (Lovdata online) Eidsivating lagmannsrett – Kjennelse 1993-04-13